



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
Main Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2012

HIV-Test und Informed Consent: rechtliche Stellungnahme zu jüngeren Entwicklungen

Gächter, Thomas ; Vokinger, Kerstin Noëlle

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-69115>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Gächter, Thomas; Vokinger, Kerstin Noëlle (2012). HIV-Test und Informed Consent: rechtliche Stellungnahme zu jüngeren Entwicklungen. Jusletter, 13(26.11.2012):online.

Prof. Dr. Thomas Gächter / Kerstin Noëlle Vokinger

HIV-Test und Informed Consent

Rechtliche Stellungnahme zu jüngeren Entwicklungen

En 1991, Olivier Guillod, Karl-Ludwig Kunz et Andreas Christoph Zenger, ont chacun publié un rapport traitant des questions juridiques en lien avec le sida. Depuis, les facteurs à prendre en compte en matière de VIH/sida ont considérablement changé. La maladie est de nos jours traitable, et de nombreux préjugés sociaux ont été brisés. La contribution examine si les questions juridiques qui se posaient à l'époque, en particulier celles relatives à l'exigence d'informations au patient et au consentement éclairé dans le cadre d'un test VIH, ont obtenu une nouvelle réponse. Au centre se pose la question de savoir si, dans des circonstances bien particulières, il peut être renoncé au consentement éclairé du patient avant de procéder à un test VIH. (sl)

Domaine(s) juridique(s) : Droit de la santé ; SIDA. lutte contre les épidémies

Proposition de citation: Thomas Gächter / Kerstin Noëlle Vokinger, HIV-Test und Informed Consent, in : Jusletter 26 novembre 2012

Inhaltsverzeichnis

Teil I: Einleitung

- A. Ausgangslage
- B. Fragestellungen
- C. Zusammenspiel der Rechtsgebiete
- D. Gliederung
- E. Ziele und Konzeptionen des HIV-Tests
- F. Begriffliches

Teil II: Allgemeine Fragen zum Informed Consent beim HIV-Test

- A. Problemstellung
- B. Medizinische und gesellschaftliche Veränderungen in den letzten zwanzig Jahren

I. Medizinischer Hintergrund

- 1. Entwicklungen von HIV/Aids
 - a. Definition
 - b. Inzidenz/Prävalenz
 - c. Ätiologie
 - d. Pathogenese
 - e. Klinik
 - f. Diagnose
 - g. Therapie
- 2. Gründe für einen HIV-Test aus medizinischer Sicht
- 3. HIV/Aids im Vergleich mit anderen Krankheiten
 - a. Ausgangslage
 - b. HIV/Aids und Hepatitis C
 - c. HIV/Aids und Syphilis
 - d. HIV/Aids und Diabetes
 - e. Zwischenfazit
- 4. Normalisierung von HIV/Aids?
- 5. Ziele in der Medizin
- 6. Fazit

II. Gesellschaftlicher und präventivmedizinischer Hintergrund

- 1. Situation im Jahr 1991
- 2. Modelle der HIV/Aids-Prävention
- 3. Normalisierung von Aids?
 - a. Entwicklungen
 - b. Die Diskriminierung von HIV/Aids im Vergleich zu anderen Krankheiten
 - aa. HIV/Aids und andere Infektionskrankheiten
 - bb. HIV/Aids und andere sichtbare Krankheiten
 - c. Diskriminierung von HIV/Aids auf struktureller Ebene
 - aa. Diskriminierung im Arbeitsverhältnis
 - bb. Diskriminierung beim Abschluss von Lebensversicherungen
 - cc. Diskriminierung aufgrund gesetzlicher Grundlagen
 - d. Zwischenfazit
- 4. Ziele auf der Ebene der Diskriminierung

III. Fazit: Veränderungen in medizinischer und gesellschaftlicher Hinsicht

IV. Verhältnis zwischen Aids-Kampagnen und individuellem HIV-Test

C. Die rechtlichen Konsequenzen für den Informed Consent

I. Öffentlich-rechtlicher Teil

- 1. Rechtsgrundlagen im Rahmen von HIV/Aids
- 2. HIV-Test
 - a. HIV-Test im Allgemeinen
 - aa. Rechtsfragen
 - bb. Test ohne Aufklärung und Einwilligung als Eingriff in die persönliche Freiheit gem. Art. 10 Abs. 2 BV
 - (1) Persönliche Freiheit gem. Art. 10 Abs. 2 BV
 - (2) Informed Consent
 - b. Heimlicher, nicht-anonymer HIV-Test für Behandlungs und Präventionszwecke
 - aa. HIV-Test und Art. 36 BV
 - (1) Gesetzliche Grundlage gem. Art. 36 Abs. 1 BV

(2) Öffentliches Interesse gem. Art. 36 Abs. 2 BV

(3) Verhältnismässigkeit gem. Art. 36 Abs. 3 BV

bb. Fallgruppen

(1) Heimlicher Test zum Schutz des Getesteten

(2) Heimlicher Test zum Schutz der öffentlichen Gesundheit

(3) Heimlicher Test zum Schutz von Drittpersonen

cc. Zwischenergebnis

c. HIV-Test für epidemiologische Zwecke

aa. Heimlicher, nicht-anonymer HIV-Test

bb. Freiwilliger, nicht-anonymer, systematischer HIV-Test (freiwillige epidemiologische Studien)

(1) Merkmale

(2) Anforderungen im Interesse der Testpersonen

cc. Heimlicher, anonymer, systematischer HIV-Test (Anonymus Unlinked Testing)

(1) Merkmale

(2) Anforderungen im Interesse der Testperson

d. Zwischenfazit

3. Partnernotifikation: Information von Behörden und Dritten über die Seropositivität eines Patienten

a. Rechtsfragen

b. Pflicht des HIV-Infizierten

c. Pflicht des Arztes zur direkten Behördennotifikation

aa. Grundsatz

bb. Gesetzliche Grundlage gem. Art. 36 Abs. 1 BV

cc. Schutz von Grundrechten Dritter (Art. 35 Abs. 2 BV)

dd. Verhältnismässigkeit

ee. Absoluter Schutz des Kerngehalts

d. Direkte Partnernotifikation

4. Contact Tracing

a. Rechtsfragen

b. Contact Tracing zum Zweck der direkten Ansteckungsverhütung

c. Contact Tracing für epidemiologische Zwecke

5. Fazit des öffentlich-rechtlichen Teils

II. Privatrechtlicher Teil

1. Rechtsgrundlagen im Rahmen von HIV/Aids

2. HIV-Test

a. HIV-Test als Verletzung des Persönlichkeitsrechts (Art. 28 ZGB)

aa. Persönlichkeitsschutz im Allgemeinen

bb. Persönlichkeitsschutz und HIV-Test

cc. Informed Consent

b. Heimlicher, nicht-anonymer HIV-Test für Behandlungs- und Präventionszweck

aa. Rechtsfragen

bb. Überwiegendes privates Interesse

(1) HIV/Aids-Infizierter

(2) Pflegepersonal und Ärzteschaft

(3) Blut- und Organspender

(4) Nasciturus

(5) Sexualpartner

cc. Überwiegendes öffentliches Interesse

dd. Gesetzliche Grundlage

ee. Vertragliche Rahmenbedingungen

c. Zwischenfazit

3. Partnernotifikation: Bekanntgabe der Seropositivität an Drittpersonen

a. Rechtsfragen

b. Grundsätzliche Pflicht zur Einholung des Informed Consent

c. Pflicht des HIV-Infizierten zur Information seiner Kontaktpersonen

aa. Familienrecht

bb. Persönlichkeitsrecht gem. Art. 28 ZGB

d. Pflicht des Arztes zur Information eines Dritten

- aa. Information an den Kontaktpartner im Rahmen von Art. 28 ZGB
 - (1) Einwilligung des HIV-Patienten
 - (2) Kein überwiegendes Interesse des HIV-Infizierten
 - (3) Interesse des Pflegepersonals und der Ärzteschaft
 - (4) Interesse des Sexualpartners
 - bb. Vertragliche Pflicht des Arztes
 - cc. Die Information an den Amtsarzt bzw. Kantonsarzt gem. Art. 28 Abs. 2 EpG bzw. Art. 39 rev-EpG
 - e. Zwischenfazit
 - 4. Contact Tracing
 - a. Rechtsfragen
 - b. Contact Tracing zum Zweck der direkten Ansteckungsverhütung
 - c. Contact Tracing zu epidemiologischen Zwecken
 - 5. Fazit des privatrechtlichen Teils
 - III. Strafrechtlicher Teil
 - 1. Rechtsgrundlagen
 - 2. Strafbarkeit der Blutentnahme zum Zwecke eines HIV-Tests
 - a. Blutentnahme zum Zwecke eines medizinisch indizierten HIV-Tests
 - b. Blutentnahme zum Zwecke eines medizinisch nicht indizierten HIV-Tests
 - 3. Strafrechtliches Arztgeheimnis
 - a. Inhalt und Reichweite des Arztgeheimnisses
 - aa. Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB)
 - bb. Verhältnis zum Amtsgeheimnis (Art. 320 StGB)
 - cc. Inhalt und Reichweite des Berufsgeheimnisses in der medizinischen Forschung gem. Art. 321bis StGB
 - dd. Auswirkungen des ärztlichen Berufsgeheimnisses im Strafverfahren gem. Art. 171 StPO
 - b. Durchbrechung des Arztgeheimnisses gem. Art. 321 StGB
 - aa. Überblick
 - bb. Einwilligung gem. Art. 321 Ziff. 2 StGB
 - cc. Bewilligung der vorgesetzten Behörde gem. Art. 321 Ziff. 2 StGB
 - 2 StGB
 - dd. Eidgenössische und kantonale Bestimmungen gem. Art. 321 Ziff. 2 StGB
 - ee. Zeugnispflicht gem. Art. 171 StPO
 - ff. Allgemeine Rechtfertigungsgründe
 - c. Durchbrechung des Berufsgeheimnisses in der medizinischen Forschung gem. Art. 321bis StGB
 - d. Zwischenfazit
 - 4. Strafrechtliche Zulässigkeit epidemiologischer Studien
 - a. Anonymous Unlinked Testing
 - aa. Rechtsfragen
 - bb. Strafbarkeit der das Blut entnehmenden Person bzw. der die epidemiologischen Studien durchführenden Personen
 - b. Heimliche, nicht-anonyme systematische Tests für epidemiologische Zwecke
 - aa. Erfasste Rechtsfragen
 - bb. Strafbarkeit der das Blut entnehmenden Person bzw. der die epidemiologischen Studien durchführenden Personen
 - 5. Strafbarkeit des HIV-Infizierten
 - a. Rechtsfragen
 - b. Fahrlässige Tötung gem. Art. 117 StGB
 - c. Körperverletzung gem. Art. 122 ff. StGB
 - aa. Schwere Körperverletzung gem. Art. 122 StGB
 - bb. Fahrlässige Körperverletzung gem. Art. 125 StGB
 - d. Verbreiten menschlicher Krankheiten (Art. 231 StGB)
 - aa. Herrschende Lehre und aktuelle Praxis
 - bb. Kritik
 - cc. Revision von Art. 231 StGB
- e. Zwischenfazit
6. Fazit des strafrechtlichen Teils
- IV. Würdigung der bisherigen Ergebnisse
- D. Aufklärung
 - I. Ausgangslage
 - II. Arten der Aufklärung
 - 1. Überblick
 - 2. Die Eingriffsaufklärung bzw. Selbstbestimmungsaufklärung
 - a. Ziele und Elemente
 - b. Diagnoseaufklärung
 - c. Verlaufsaufklärung
 - 3. Sicherungsaufklärung bzw. therapeutische Aufklärung
 - 4. Wirtschaftliche Aufklärung
 - 5. Aufklärung über Behandlungsfehler
 - III. Organisation der Aufklärung
 - 1. Zeitpunkt der Aufklärung
 - 2. Aufklärungsgespräch
 - 3. Weitere Voraussetzungen für eine gültige Einwilligung
 - 4. Schranken der Aufklärung
 - IV. Aufklärung beim HIV-Test
 - 1. Ausgangslage
 - 2. Eingriffsaufklärung bzw. Selbstbestimmungsaufklärung
 - 3. Sicherungsaufklärung bzw. therapeutische Aufklärung
 - 4. Wirtschaftliche Aufklärung
 - V. Zusammenfassung zu Gegenstand und Inhalt der Aufklärung
- Teil III: Mögliche Ausnahmen vom Informed Consent beim HIV-Test
 - A. Problemstellung
 - B. Allgemeine Schranken der Aufklärung
 - I. Überblick
 - II. Aufklärungsverzicht
 - III. Therapeutisches Privileg
 - IV. Notfall bzw. zeitliche Dringlichkeit
 - V. Hypothetische Einwilligung
 - VI. Operationserweiterung
 - C. Ausnahmen vom Informed Consent beim HIV-Test
 - I. Verzicht auf vorgängige Aufklärung bei Vorliegen bestimmter Gründe
 - 1. Überblick
 - 2. Rechtliche Würdigung
 - II. Verzichtsmöglichkeit in spezifischen Fallkonstellationen
 - 1. Patient in der Notfallambulanz ohne genügende akustische Trennung von der Nachbarkoje
 - 2. Klinische Visite in einem Mehrbettzimmer / Konsultation gemeinsam mit einer Begleitperson
 - 3. Patient in psychisch labilem Zustand
 - 4. Patient in komplexer Phase der Krankheitsverarbeitung
 - 5. Weitere Fallkonstellationen, in denen ein Verzicht auf die Information über den HIV-Test zulässig ist
 - a. Bewusstlosigkeit
 - b. Urteilsunfähige Kinder als Patienten
 - c. Arzt unterlässt trotz eindeutiger Symptome Anordnung eines HIV Test – Durchführung ohne Einwilligung im Labor?
 - 6. Zusammenfassung
 - III. Würdigung der rechtlichen Situation
- Teil IV: Ausgewählte Haftungsfragen
 - A. Definition des Behandlungsfehlers
 - B. Nichtvornahme und Nichtempfehlung eines HIV-Tests
 - I. Nichtvornahme eines HIV-Tests trotz medizinischer Indikation
 - 1. Behandlungsfehler in der HIV/Aids-Diagnostik
 - 2. Facharzt für Mikrobiologie bzw. Infektiologie
 - 3. Allgemeinarzt und Fachärzte aus anderen Disziplinen
 - 4. Situationsabhängigkeit
 - 5. Haftung

II. Nichtempfehlung eines HIV-Tests trotz medizinischer Indikation

Teil V: Zusammenfassung der Ergebnisse

A. Allgemeine Fragen zum Informed Consent beim HIV-Test

B. Fragen zu möglichen Ausnahmen zum Informed Consent

beim HIV-Test

C. Haftungsfragen

Literatur

Materialien

Abkürzungsverzeichnis

Teil I: Einleitung

A. Ausgangslage

[Rz 1] Vor 30 Jahren glaubte man, übertragbare Krankheiten in der Schweiz aufgrund des hohen Lebensstandards, einem ausgezeichneten Gesundheitswesen, guter Hygiene, Antibiotika und Impfungen weitgehend besiegt zu haben¹.

[Rz 2] Die Krankheit Aids wurde zum ersten Mal 1981 in der Schweiz (retrospektiv) diagnostiziert, wobei die Anzahl der Diagnosen rapide bis auf über 700 Fälle jährlich anstieg. Die Krankheit breitete sich in der Schweiz pandemisch aus.

[Rz 3] Aids wurde schnell als Problem erkannt. Die Gesellschaft reagierte mit Angst, Tabuisierung und Diskriminierung. Auf Seiten der Präventivmedizin wurden Kampagnen zur Prävention lanciert. In der Forschung wurden nach einem möglichst effektiven Heilmittel und einer Impfung gestrebt. Ebenso hat sich auch das Recht vertieft mit den Problematiken dieser Krankheit auseinandergesetzt. Im Jahre 1991 wurde das Werk «Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids» vom Bundesamt für Gesundheitswesen (BAG) herausgegeben. Die Autoren OLIVIER GUILLOD, KARL-LUDWIG KUNZ und CHRISTOPH ANDREAS ZENGER begutachteten Fragen zum Informed Consent bzgl. der Partnernotifikation, des Contact Tracings und der HIV-Tests aus der Sicht des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, des Zivilrechts und des Strafrechts.

[Rz 4] In der Zwischenzeit sind zwanzig Jahre vergangen. Die Medizin hat grosse Fortschritte erzielt, z.B. wurde die anti-retrovirale Therapie entwickelt und ab 1995 eingesetzt². Daneben haben auch gesellschaftliche und ethische Entwicklungen bzgl. Aids stattgefunden³. Vorliegend soll geprüft werden, welchen Einfluss diese Veränderungen auf Aufklärungs- und Haftungsfragen im Zusammenhang mit HIV/Aids haben.

B. Fragestellungen

[Rz 5] Unbestritten ist, dass der HIV-Test nur nach Einwilligung

des zuvor über den Test und die Testfolgen aufgeklärten Patienten⁴ zulässig ist. Von diesem Grundsatz soll weiterhin ausgegangen werden.

[Rz 6] Neuere Erkenntnisse weisen jedoch darauf hin, dass HIV-Infektionen regelmässig zu spät diagnostiziert werden. Die Fachkommission Klinik und Therapie (FKT) publizierte deshalb im März 2010 im BAG-Bulletin die Empfehlung «*Der HIV-Test auf Initiative des Arztes: Empfehlungen zur Durchführung bei Erwachsenen*». In diesem Text wird die bisherige Doktrin «kein HIV-Test ohne vorgängige Information des Patienten über den Test» in einem speziellen Setting relativiert. Im Rahmen differentialdiagnostischer Abklärungen sei die Information des Patienten zwar in den meisten Fällen empfehlenswert, doch könne in bestimmten Konstellationen ein HIV-Test auch ohne vorgängige Einwilligung durchgeführt werden, sofern der Patient diesen nicht ausdrücklich ablehne.⁵

[Rz 7] Es stellt sich die Frage, wie diese FKT-Empfehlung in rechtlicher Hinsicht zu würdigen ist. Darüber hinaus interessiert, ob die Nichtvornahme bzw. Nichtempfehlung eines HIV-Tests bei klarer Indikation sorgfaltswidrig ist und entsprechende Haftungsfolgen nach sich zieht.

[Rz 8] Aufgrund dieser Ausgangslage wurden dem Kompetenzzentrum Medizin-Ethik-Recht Helvetiae (MERH) der Universität Zürich verschiedene Fragestellungen zur Beurteilung unterbreitet:

[Rz 9] Allgemeine Fragen zum Informed Consent beim HIV-Test

- Ist die im Grundlagenwerk «Drei Gutachten zu Aids» von 1991 dargestellte Rechtslage bezüglich «Informed Consent» beim HIV-Test im Lichte der seit diesem Zeitpunkt erfolgten Änderungen (Normalisierungsprozesse, Behandelbarkeit der HIV-Infektion seit Mitte der 90er Jahre, Erkenntnisse über die Notwendigkeit früher Therapie und über die Nichtinfektiosität etc.) noch gültig? Wie wirken sich (allenfalls) die medizinischen und gesellschaftlichen Veränderungen auf die

⁴ Aufgrund der Übersichtlichkeit wird vorliegend das generische Maskulinum verwendet.

⁵ «B) HIV-TEST IM RAHMEN DIFFERENZIALDIAGNOSTISCHER ABKLÄRUNGEN: In der Praxis gibt es Situationen, in denen bewusst nicht auf die Risikoanamnese abgestützt, sondern der HIV-Test immer durchgeführt wird. Es betrifft dies: Schwangerschaft, Blut-, Samen- und Organspende sowie Fälle, wo aufgrund von Klinik- und/oder Laborbefunden eine HIV-Infektion als Ursache in Frage kommt ... Die Bestätigung bzw. der Ausschluss der HIV-Infektion durch einen HIV-Test ist hier Teil der rationalen medizinischen Abklärung. In den meisten Fällen ist die Information des Patienten empfehlenswert. Der Arzt weist den Patienten darauf hin, dass im Rahmen der Abklärungen auch ein HIV-Test durchgeführt wird. Will der Patient keinen HIV-Test, muss er sich aktiv dagegen aussprechen. Hier gilt: Ohne Ablehnung werden alle medizinisch notwendigen Tests durchgeführt.» («Der HIV-Test auf Initiative des Arztes: Empfehlungen zur Durchführung bei Erwachsenen». Bulletin des Bundesamtes für Gesundheit 2010; 11: 364 – 366).

¹ GUTZWILLER/PACCAUD: Sozial- und Präventivmedizin, S. 303.

² Vgl. Teil II Ziff. B.I.1.g.

³ Vgl. Teil II Ziff. B.II.

in den damaligen Gutachten dargestellte Rechtslage bezüglich HIV-Tests aus?

- Über welche Aspekte muss aus rechtlicher Sicht der Patient in der Regel vor einem HIV-Test aufgeklärt werden, damit informiert in den Test eingewilligt werden kann (möglichst vollständige Auflistung)?
- Ist der HIV-Test auch dann noch ein Eingriff in die körperliche Integrität und das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Patienten, wenn eine Blutentnahme aus anderen Gründen ohnehin erfolgt und der Patient die medizinische Abklärungsstelle mit klinischen Krankheitszeichen aufgesucht hat mit dem Auftrag, diese abzuklären und die klinische Symptomatik auch einmal als Manifestation einer HIV-Infektion auftreten kann?

[Rz 10] Fragen zu möglichen Ausnahmen zum Informed Consent beim HIV-Test

- Wie ist die FKT-Empfehlung bezüglich «Verzichtsmöglichkeit auf die vorgängige Aufklärung im Rahmen differentialdiagnostischer Abklärungen» rechtlich zu würdigen? Bei der rechtlichen Würdigung sind folgende Aspekte zu berücksichtigen: Es geht um Situationen, in denen die Information dem Patienten potentiell mehr Schaden als Nutzen bringen könnte. Wie sind folgende Konstellationen zu würdigen? Aus ärztlicher Sicht kann die vorgängige Aufklärung in namentlich folgenden Situationen für den Patienten nachteilig sein:
 - Patient befindet sich in der Notfallambulanz und hat keine genügende akustische Trennung von der Nachbarkoje
 - Klinische Visite in einem Mehrbettzimmer resp. Konsultation gemeinsam mit einer Begleitperson (z.B. Mutter, Schwester, Bekannte, Arbeitskollege)
 - Patienten in psychischen Zuständen, in welchen eine Erwähnung der Möglichkeit einer HIV-Diagnose den Patienten in einen längerdauernden Ausnahmezustand versetzen würde (z.B. Aids-Phobie)
 - Abklärungen in Situationen, in welchen sich ein Patient gerade in einer komplexen Phase der Krankheitsverarbeitung befindet, in der die zusätzliche Erschwerung der Situation allein durch die Erwähnung einer HIV-Infektion als unangebracht erscheint (z.B. HIV-Test bei einem Patienten, der soeben über die Diagnose eines Lymphknotenkrebses informiert wurde).
- Des Weiteren ist zu prüfen, ob in weiteren Situationen ein Verzicht auf die Information über den HIV-Test zulässig ist.
- Falls die Gutachter zum Schluss kommen, dass auf die

Aufklärung über den HIV-Test auch unter den gerade geschilderten Umständen nicht verzichtet werden kann: Welche Information müssen den Patienten vor dem HIV-Test in diesen Situationen gegeben werden?

[Rz 11] Haftungsfragen

- Stellt die Nichtvornahme eines HIV-Tests eine haftungsrechtlich relevante Sorgfaltspflichtverletzung dar, wenn Situationen vorliegen, in denen gemäss den FKT-Empfehlungen die Vornahme eines HIV-Tests indiziert ist?
- Falls die Gutachter zum Schluss kommen, die Pflicht zur Information vor dem HIV-Test im Rahmen differentialdiagnostischer Abklärungen bestehe ohne Ausnahme: Kann das Nichtempfehlen eines HIV-Tests bei Vorliegen entsprechender Situationen eine haftungsrechtlich relevante Sorgfaltspflichtverletzung darstellen?

C. Zusammenspiel der Rechtsgebiete

[Rz 12] In der Schweiz wird von einer Zweiteilung der Rechtsordnung in Privatrecht und Öffentliches Recht ausgegangen, wobei je nach Unterstellung der Rechtsbeziehung unter den einen oder anderen Bereich die Rechtsfolgen unterschiedlich sein können⁶. Unabhängig davon, ob der Arzt dem privaten oder öffentlichen Recht untersteht, ist er auch dem Strafrecht unterworfen⁷.

[Rz 13] Die Verfassung ist das «Grundgesetz» der Schweiz, auf der alle übrige Gesetzgebung beruht; sie steht an der Spitze der Normenhierarchie⁸. Staatlichen Behörden sind unmittelbar an das Verfassungsrecht, sowie an das Recht überhaupt, gebunden (Art. 5 Abs. 1 BV). Zulässig sind nur solche Verhaltensweisen, welche die Grundrechte der Bundesverfassung nicht verletzen. Ein staatlicher Eingriff in Grundrechte muss gem. Art. 36 BV auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, dem öffentlichen Interesse dienen und verhältnismässig sein, wobei der Kerngehalt unangetastet bleiben muss. Auch im Zivilrecht hat das Verfassungsrecht einige Bedeutung: Es soll zur Interpretation von Generalklauseln und als Richtmass bei kollidierenden Normen dienen. Dies entspricht auch dem Wortlaut von Art. 35 Abs. 1 BV, wonach die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen, und gemäss Art. 35 Abs. 3 BV, «mittelbare Drittwirkung» zwischen Privaten entfalten. Das Strafrecht bildet im Grundsatz verfassungskonkretisierendes Recht. Dies wird dadurch deutlich, dass die Verletzung grundlegender Rechtsgüter mit Strafe versehen wird.

[Rz 14] Das Zusammenspiel der Rechtsgebiete wird auch dadurch deutlich, dass bestimmte Rechtsgüter von der

⁶ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 103.

⁷ TAG: Strafrecht im Arztalltag, S. 669.

⁸ FORSTMOSER/VOGT: Einführung in das Recht, S. 437 f.

Rechtsordnung umfassend geschützt sind⁹. Beispiel hierfür bildet das Persönlichkeitsrecht des Patienten: Art. 10 BV garantiert dem Patienten die persönliche Freiheit und Art. 28 ZGB bietet umfassenden Schutz des Patienten gegenüber Persönlichkeitsverletzungen durch Dritte, während das Strafrecht jede Verletzung der physischen und psychischen Integrität und der Geheimsphäre sanktioniert¹⁰.

D. Gliederung

[Rz 15] Nach einer Einführung in die Fragestellungen und der Aufarbeitung der Ausgangslage (Teil I), kommen in Teil II allgemeine Fragen zum Informed Consent beim HIV-Test zur Sprache. Dabei zeichnen wir zunächst die medizinischen und gesellschaftlichen Veränderungen der letzten 20 Jahre nach. Danach kommen wir zur rechtlichen Würdigung des Informed Consent beim HIV-Test und nehmen Bezug zum Grundlagenwerk «Drei Gutachten zum Aids» aus dem Jahr 1991, indem wir sowohl auf Veränderungen als auch auf noch heute geltende Grundsätze hinweisen. Dabei wird der Gliederung des Werks von GUILLOD, KUNZ und ZENGER gefolgt, d.h. zum jeweiligen Thema nehmen wir zunächst aus öffentlich-rechtlicher Sicht, dann aus privatrechtlicher Sicht und schliesslich aus strafrechtlicher Sicht Stellung. Danach wird der Inhalt der Aufklärung im Arzt-Patienten-Gespräch vor der Durchführung eines HIV-Tests erörtert. Nachdem die grundsätzlichen Rahmenbedingungen aufgezeigt wurden, werden in Teil III mögliche Ausnahmen des Informed Consent beim HIV-Test untersucht. In Teil IV gehen wir sodann auf einzelne haftungsrechtliche Fragen ein.

E. Ziele und Konzeptionen des HIV-Tests

[Rz 16] HIV-Tests können sowohl für die individuelle Behandlung als auch für die Prävention (im Interesse der Allgemeinheit) zweckdienlich sein.

[Rz 17] Es gibt drei Möglichkeiten, wie ein HIV-Test konzipiert sein kann: Er kann fremdanonymisiert sein, d.h. der Test bleibt für alle ausser den Getesteten anonym, er wird nicht anonymisiert oder es findet ein Anonymous Unlinked Testing statt. Bei Letzterem wird ohne Information und Einwilligung des Probanden mit Resten von Blutproben oder Proben sonstiger Körperflüssigkeiten, die für andere Zwecke entnommen und verwendet wurden, ein HIV-Test durchgeführt. Alle Angaben, die eine Identifikation erlauben würden, werden entfernt. Das Anonymous Unlinked Testing kommt in der Schweiz im Vergleich zu den anderen beiden Möglichkeiten sehr selten zur Anwendung.

[Rz 18] Ist der Test fremdanonymisiert, liegt es im

Verantwortungsbereich des Infizierten, ob er die Weiterverbreitung der Infektion verhindert oder nicht. Problematisch ist dies, wenn der Infizierte keine Schutzmassnahmen vorkehren möchte. Selbst wenn der Test nicht anonym durchgeführt wird, können sich (rechtliche) Probleme ergeben, beispielsweise im Zusammenhang mit dem Arztgeheimnis, wenn sich der Patient weigert, gegenüber dem Sexualpartner eine Verhaltensänderung vorzunehmen.¹¹

F. Begriffliches

[Rz 19] In Lehrbüchern, Gutachten und im klinischen Alltag werden die Begriffe «HIV-Test» und «Aids-Test» oft synonym verwendet. Vorliegend soll konsequenterweise der Begriff «HIV-Test» verwendet werden, da es sich um einen Test der Infizierung mit HIV handelt, welche zu einer Aids-Erkrankung führen kann¹².

[Rz 20] HIV/Aids wird häufig als Epidemie verstanden. Als Epidemie gilt ein «zeitlich und örtlich begrenztes, ungewohnt häufiges Vorkommen einer Krankheit [...] in einer Bevölkerungsgruppe oder in einer Region»¹³. Als Beispiel kann hier eine Grippe in einem Kindergarten erwähnt werden. Im Gegensatz dazu ist die Pandemie «ein gehäuftes Vorkommen einer Krankheit über ein sehr grosses Gebiet [...]». Pandemien sind Epidemien, welche nationale Grenzen überschreiten und eine sehr grosse Zahl von Personen betreffen¹⁴. Die anfängliche Aids-Epidemie hat sich demnach zur Pandemie entwickelt¹⁵. Demnach ist HIV/Aids vorliegend richtigerweise als Pandemie zu bezeichnen.

Teil II: Allgemeine Fragen zum Informed Consent beim HIV-Test

A. Problemstellung

[Rz 21] Im zweiten Teil soll untersucht werden, ob die im Werk «Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids» von 1991 dargestellte Rechtslage heute noch Gültigkeit beanspruchen kann; dies unter Beachtung der seitherigen Veränderungen (Normalisierungsprozesse, Behandelbarkeit der HIV-Infektion seit Mitte der Neunzigerjahre, Erkenntnisse über die Notwendigkeit früher Therapie und über die Nichtinfektiosität etc.). Ebenso sollen die Auswirkungen der medizinischen und gesellschaftlichen Veränderungen und ihr Einfluss auf die Rechtslage untersucht werden.

[Rz 22] In einem weiteren Schritt (Teil II Ziff. D.) legen wir aus rechtlicher Sicht dar, über welche Aspekte der Patient oder

⁹ GÄCHTER/VOLLENWEIDER: Gesundheitsrecht, S. 127; detailliertere Ausführungen vgl. Teil II.

¹⁰ GÄCHTER/VOLLENWEIDER: Gesundheitsrecht, S. 127; detailliertere Ausführungen vgl. Teil II.

¹¹ Genauere Erläuterungen zu den Problematiken siehe Teil II, III und IV.

¹² Gleicher Ansicht ist Roggo: Aufklärung des Patienten, S. 93.

¹³ GUTZWILLER/PACCAUD: Sozial- und Präventivmedizin, S. 41.

¹⁴ GUTZWILLER/PACCAUD: Sozial- und Präventivmedizin, S. 41.

¹⁵ GUTZWILLER/PACCAUD: Sozial- und Präventivmedizin, S. 41.

die Patientin in der Regel (siehe zu allfälligen Ausnahmen Teil III) vor einem HIV-Test aufgeklärt werden soll, damit informiert in den Test eingewilligt werden kann.

B. Medizinische und gesellschaftliche Veränderungen in den letzten zwanzig Jahren

I. Medizinischer Hintergrund

1. Entwicklungen von HIV/Aids

a. Definition

[Rz 23] Die Ursache von Aids ist der humane Immundefizienzvirus (HIV). HIV lässt sich in die humanen Immundefizienzviren Typ 1 und Typ 2 (HIV-1, HIV-2) einteilen. Sie gelten als die Erreger des erworbenen Immundefizienzsyndroms (Aids; «Acquired Immune Deficiency Syndrome»)¹⁶. Sowohl Typ 1 als auch Typ 2 lassen sich in weitere Subtypen unterteilen, wobei HIV-1 der häufigste Erreger ist und vermehrt in Westeuropa und den USA eine Rolle spielt, während HIV-2 v.a. in Westafrika und Indien vorkommt.¹⁷

b. Inzidenz/Prävalenz

[Rz 24] 1983 wurde HIV bei homosexuellen Männern entdeckt; die Krankheit nahm seither einen pandemischen Verlauf. Gemäss Schätzungen gibt es über 3 Millionen Todesfälle und über 33 Millionen HIV-Infizierte weltweit; Schwerpunkte liegen in Afrika und Asien. Es wird davon ausgegangen, dass es zu 7000 Neuinfektionen pro Tag, d.h. zu 2,5 Millionen Neuinfektionen pro Jahr kommt. In Europa hat die Schweiz die höchste Rate an infizierten Personen¹⁸. Gründe für die hohe Rate in der Schweiz sind etwa die Migration (insbesondere Schwarzafrikaner) und die hohe Mobilität bzw. Reisebereitschaft der Schweizerinnen und Schweizer¹⁹.

[Rz 25] In der Schweiz war die Tendenz der HIV-Infektion von 1990 bis 1999 sinkend, ab 2000 bis 2008 aber wieder kontinuierlich steigend. Seit 2009 ist die Neuinfektionsrate wieder rückläufig, wobei sich noch nicht abschätzen lässt, ob dieser Erfolg von Dauer sein wird. Als Gründe für die potentiell wieder zunehmende Tendenz nennt etwa GUTZWILLER den vermehrten ungeschützten Geschlechtsverkehr (z.B. in der Prostitution) aufgrund der Verharmlosung der Krankheit und dem Wissen, dass Aids nicht mehr eine unmittelbare Todesgefahr bedeutet²⁰.

[Rz 26] Weltweit gehört Aids noch immer zu den am

weitesten verbreiteten Todesursachen²¹. Bezüglich Todesursachen sind in der Schweiz jedoch bei jungen Menschen der Suizid und Unfälle Spitzenreiter, im höheren Alter sind es Herz-Kreislauferkrankungen sowie Krebs. Durch den Einsatz der Therapie ab 1995 (siehe Teil II Ziff. B.I.1.g.), die Präventionskampagnen und gesellschaftliche Aufklärung hat sowohl die Letalität und Morbidität von HIV/Aids in der Schweiz abgenommen.

c. Ätiologie

[Rz 27] Die Übertragung erfolgt auf sexuellem Weg (Sperma und Vaginalflüssigkeit), über Transfusion von Blut und Blutprodukten, Muttermilch oder kontaminierte Nadeln und Spritzen (z.B. Drogenkonsum)²².

d. Pathogenese

[Rz 28] HIV gehören zu den Lentiviren innerhalb der Familie der Retroviren, denen folgende biologische Charakteristika eigen sind: Sie besitzen das Enzym Reverse Transkriptase (RT), welches die RNA in die doppelsträngige DNA umschreibt. Diese virale DNA wird in die Wirtszelle eingeschleust und bleibt in dieser als sog. Provirus erhalten. Dieser Provirus wird durch Zellvermehrung an die Tochterzellen weitergegeben. Der Provirus wird transkribiert und produziert dadurch neue infektiöse Viren²³.

[Rz 29] Obwohl HI-Viren verschiedene Körperzellen befallen können, besteht ein primärer Trophismus für CD4+ T-Zellen sowie antigenpräsentierende Zellen, die für die Initiation einer spezifischen Immunantwort zuständig sind²⁴.

e. Klinik

[Rz 30] Bei der Erstinfektion erfolgt die virämische Phase in der Regel asymptomatisch, mit den Zeichen einer Mononukleose (Lymphadenopathie, Hautausschlag) oder eines grippalen Effekts. Darauf folgt eine persistierende Infektion aufgrund einer andauernden Virusreplikation. Nach unterschiedlicher Krankheitsdauer erfolgen die symptomatischen Erscheinungen von Aids²⁵. Die Inkubationszeit bis zur Primärsymptomatik dauert ca. 2–8 Wochen, auf welche die subklinische Phase folgt, die im Regelfall 10 Jahre dauert²⁶. Im Folgestadium entsteht das Vollbild Aids, welches durch generelle Anschwellung der Lymphknoten (Lymphadenopathiesyndrom), Gewichtsverlust, chronische Fieberzustände, Durchfälle und Nachtschweiss gekennzeichnet ist. Begleitend können opportunistische Infektionen und Tumore erscheinen oder auch eine Enzephalopathie, welche zur Demenz führt²⁷.

¹⁶ KAYSER ET AL.: Taschenlehrbuch Medizinische Mikrobiologie, S. 542.

¹⁷ BÖCKER/DENK/HEITZ/MOCH: Pathologie, S. 1170.

¹⁸ KAYSER ET AL.: Taschenlehrbuch Medizinische Mikrobiologie, S. 542. GUTZWILLER/PACCAUD: Sozial- und Präventivmedizin, S. 477.

¹⁹ Interview vom 30. März 2011 mit Prof. Dr. med. FELIX GUTZWILLER, Direktor des Instituts für Sozial- und Präventivmedizin der Universität Zürich.

²⁰ Interview vom 30. März 2011 mit Prof. Dr. med. FELIX GUTZWILLER.

²¹ GUTZWILLER/PACCAUD: Sozial- und Präventivmedizin, S. 478.

²² Z.B. BÖCKER/DENK/HEITZ/MOCH: Pathologie, S. 1170.

²³ KAYSER ET AL.: Taschenlehrbuch Medizinische Mikrobiologie, S. 538.

²⁴ BÖCKER/DENK/HEITZ/MOCH: Pathologie, S. 1170

²⁵ KAYSER ET AL.: Taschenlehrbuch Medizinische Mikrobiologie, S. 546 ff.

²⁶ Z.B. PEZZUTTO/ULRICH/BURMESTER: Taschenatlas der Immunologie, S. 124.

²⁷ KAYSER ET AL.: Taschenlehrbuch Medizinische Mikrobiologie, S. 546 ff.

[Rz 31] Zu Beginn der Erstinfektion steigt die Viruslast innerhalb Wochen im Blut extrem an, fällt aufgrund der antiviralen Antwort durch zytotoxische T-Zellen des noch intakten Immunsystems danach aber rapide ab. Die Zahl der CD4+ T-Zellen nimmt mit der Zeit ständig ab, wobei sie bei einem Wert von unter 500 Zellen pro Mikroliter Blut als beginnende Immunschwäche bezeichnet wird²⁸.

[Rz 32] Bemerkenswert ist, dass die Infektionsgefahr nicht vorhanden ist, wenn der Patient einer antiretroviralen Therapie untersteht (und zusätzlich keine Infektionen mit anderen sexuell übertragbaren Krankheiten besteht und die Viruslast seit sechs Monaten unter der Nachweisgrenze liegt)²⁹.

f. Diagnose

[Rz 33] ZENGER erwähnt, dass bei einem Verdacht auf HIV/Aids der ELISA-Test (Enzyme-linked Immunosorbant Assay) durchgeführt wurde. Dieser Test war zwar nicht teuer, aber es resultierten viele falsch-positive Testresultate. Bei einem positiven Resultat musste als Bestätigungstest die Western Blotting durchgeführt werden, ehe das Resultat als aussagekräftig galt und das Ergebnis dem Patienten mitgeteilt werden konnte.

[Rz 34] Heute wird noch immer zuerst der ELISA-Test durchgeführt. Mit dem ELISA-Test können HIV-Antikörper nachgewiesen werden. Auch heute wird bei einem positiven Testresultat die Western Blotting als Bestätigungstest durchgeführt. Da die Konsequenzen eines falschen Ergebnisses sehr gravierend sind, werden anhand einer zweiten Blutprobe die Tests ein zweites Mal durchgeführt. Fällt auch dieser Test positiv aus, ist die HIV-Infektion zu 99.5%–100% sicher. Diese hohe Prozentzahl hat ihre höchste Sicherheitswahrscheinlichkeit erreicht; es gibt keinen Test in der Medizin, der mehr Sicherheit versprechen kann. Im Gegensatz zu 1991 sind diese Testverfahren viel günstiger.³⁰

[Rz 35] Was auch heute noch nicht umgangen werden kann, ist das sog. diagnostische Fenster, d.h. die Zeitdauer zwischen der Infektion und dem Zeitpunkt, ab dem die Krankheit durch den Test nachgewiesen werden kann; denn der Patient kann schon einige Tage vor dem Positiv-Resultat des Tests infektiös sein. In diesem Zeitpunkt – es wird von einem unvermeidbaren infektiösen Fenster von fünf Tagen ausgegangen –, kann der Patient andere Menschen infizieren. Dieses Fenster wird sich auch in Zukunft nicht schliessen lassen³¹.

g. Therapie

[Rz 36] Als sich Aids 1985 epidemisch ausbreitete, war keine Therapie bekannt; die Krankheit verlief tödlich³².

[Rz 37] Seit Ausbruch der Krankheit wurde intensiv an einem Impfstoff geforscht, doch lag 1991 diesbezüglich noch kein brauchbares Resultat vor. Es gab nur ein einziges Medikament, welches den Ausbruch des HIV-Virus um ein halbes bis zu einem ganzen Jahr verzögern konnte³³. Im August 1990 wurde in der Schweiz durch die Subkommission Klinik der Eidgenössischen Kommission für Aids-Fragen (EKAF) erstmals eine Prophylaxe bei Verletzungen im Medizinalbereich empfohlen³⁴. Wenn sich ein Arzt oder andere Medizinalpersonen bei ihrer Arbeit mit HIV-Patienten mit einer kontaminierten Infektionsnadel, einem Skalpell o.Ä. subkutan verletzten, wurde seither sofort eine Chemoprophylaxe (bis maximal 72 Stunden nach der Exposition), die sogenannte postexpositionelle Prophylaxe (HIV-PEP), angesetzt. Dadurch kann das Risiko einer HIV-Übertragung um 80% gesenkt werden.

[Rz 38] Auch heute wird noch intensiv an einem wirksamen Impfstoff geforscht, jedoch ist zu vermuten, dass ein solcher auch in den nächsten Jahren noch kein klinisch einsetzbares Stadium erreicht³⁵. Hiervon ist insbesondere deshalb auszugehen, weil man bereits in den 90er Jahren glaubte, eine Impfung sei nicht mehr weit entfernt, sich seither bezüglich der Impfung aber noch immer nicht viel verändert hat³⁶. Gelegentlich wird auch angezweifelt, dass es überhaupt möglich ist, gegen alle verbreiteten HIV-Varianten einen HIV-Impfstoff herstellen zu können³⁷. Die bereits beschriebene Prophylaxe wird auch noch heute eingesetzt. Heute wird diese Prophylaxe auch bei Fällen ausserhalb des Medizinalwesens angewandt, sei es bei Übertragungsverdächtigen Gewaltverbrechen, ungeschütztem Sexualverkehr mit einer HIV-infizierten Person oder anderen Fällen, in denen eine Infektion mit dem Virus als möglich erscheint. Diese Prophylaxe wird vier Wochen lang durchgeführt und erfolgt durch die vorbeugende Einnahme von Anti-HIV-Medikamenten.³⁸

[Rz 39] Seit 1995 existiert eine effiziente Therapie der HIV-Infektion. Diese Chemotherapie besteht meist aus einer Kombination verschiedener Medikamente, welche den HIV-Infizierten individuell angepasst werden müssen. Die Chemotherapie verhindert die Virusvermehrung, jedoch kann

²⁸ KAYSER ET AL.: Taschenlehrbuch Medizinische Mikrobiologie, S. 547.

²⁹ FKT: HIV-infizierte Menschen ohne andere STD sind unter wirksamer antiretroviraler Therapie sexuell nicht infektiös, S. 165.

³⁰ Interview vom 28. März 2011 mit Prof. Dr. med. RAINER WEBER und Gespräch vom 2. September 2011 mit Prof. Dr. med. PIETRO VERNAZZA.

³¹ Interview vom 28. März 2011 mit Prof. Dr. med. RAINER WEBER und Gespräch vom 2. September 2011 mit Prof. Dr. med. PIETRO VERNAZZA.

³² Z.B. PÄRLI/KUCERA/SPYCHER: Aids, Geld und Recht, S. 13.

³³ Interview vom 28. März 2011 mit Prof. Dr. med. RAINER WEBER.

³⁴ <http://www.hiv.ch/rubriken/therapie/pep/pepsex/pepsexd.htm>, besucht am 16. November 2012.

³⁵ PEZZUTTO/ULRICHS/BURMESTER: Taschenatlas der Immunologie, S. 124.

³⁶ Interview vom 28. März 2011 mit Prof. Dr. med. RAINER WEBER, BAG 15. März 2010, S. 364.

³⁷ Interview vom 28. März 2011 mit Prof. Dr. med. RAINER WEBER, BAG: Nationales HIV/Aids-Programm 2004 – 2008, S. 36.

³⁸ KAYSER ET AL.: Taschenlehrbuch Medizinische Mikrobiologie, S. 549.

die Ursache der chronisch-persistenten Infektion (Provirus) nicht eliminiert werden. Um den viralen Load dauerhaft tief zu halten, muss eine lebenslange Applikation der betreffenden Pharmaka erfolgen.³⁹ Bei HIV-Patienten, welche sich einer anti-retroviralen Kombinationstherapie unterziehen, kann heute die Entstehung von Aids verhindert werden. Zudem sind Patienten, die einer retroviralen Kombinationstherapie unterstehen, nicht mehr infektiös⁴⁰.

[Rz 40] Es wird deutlich, dass seit 1991 zahlreiche medizinische Fortschritte bei der Bekämpfung von HIV/Aids zu verzeichnen sind. Wie beschrieben, gibt es inzwischen eine Therapie, die zwar nicht eine Heilung der Krankheit bewirken, jedoch zumindest die Weiterverbreitung des Virus unterdrücken kann. *HIV/Aids hat sich von einer tödlichen zu einer chronischen, behandelbaren Krankheit entwickelt*⁴¹.

2. Gründe für einen HIV-Test aus medizinischer Sicht

[Rz 41] Im Referenzwerk GUILLOD/KUNZ/ZENGER wird mehrfach die Frage gestellt, in welchen medizinischen Vorgängen der HIV-Test enthalten ist bzw. sein soll, z.B. ob der HIV-Test Teil eines allgemeinen Check-ups bildet oder ob er von einer stillschweigenden Einwilligung zu einem medizinisch indizierten Eingriff gedeckt ist etc. Vor der rechtlichen Würdigung der Fragestellungen soll deshalb dargelegt werden, in welchen Fällen in der heutigen Medizin ein HIV-Test durchgeführt wird.

[Rz 42] Laut der Auskunft von WEBER gibt es heute den «allgemeinen Check-up» in dieser Form nicht mehr. Regelfall ist vielmehr, dass von einer Vortestwahrscheinlichkeit ausgegangen wird. Ein übergewichtiger, fünfzigjähriger Patient mit einer Familienanamnese von Herzinfarkten wird vom (Haus-)Arzt auf alle kardiovaskulären Risikofaktoren geprüft (z.B. Cholesterin, Blutdruck etc.). Bei ihm wird im Routineverfahren kein HIV-Test durchgeführt, da es keine medizinische Indikation für ein solches Vorgehen gibt. Es gibt nur einzelne Routineverfahren, in denen ein HIV-Test ohne Abstützung auf die Risikoanamnese vorgenommen wird (Blut-, Samen- und Organspende)⁴². Daneben gibt es gewisse Lebensversicherungen und bestimmte Arbeitgeber, die explizit einen HIV-Test verlangen. Am häufigsten wird in jenen Fällen ein HIV-Test durchgeführt, in denen aufgrund der Beschreibung der Symptome und/oder aufgrund von Klinik und/oder Laborbefunden eine HIV-Infektion als Ursache in Frage kommt⁴³.

[Rz 43] Dabei ist gemäss der Stellungnahme von VERNAZZA zwischen der medizinischen Indikation bzw. der Perspektive des Arztes und der Perspektive des Patienten zu differenzieren. Auch wenn es den «allgemeinen Check-up» aus

medizinischer Sicht nicht gibt, kommen Patienten regelmässig mit der Bitte eines allgemeinen Check-ups zum Hausarzt. Dabei gehen viele Patienten stillschweigend davon aus, dass ein HIV-Test durchgeführt wird, obwohl in der Praxis darauf verzichtet wird, da der HIV-Test nicht zu einem «allgemeinen Check-up» gehört. Weiter ist bemerkenswert, dass es sich beim HIV-Test in der Praxis um eine Ausschlussdiagnose handelt und nicht um einen Nachweis der HIV-Infektion, was wohl auch Grund dafür ist, dass der HIV-Test nicht im Routineverfahren getestet wird⁴⁴.

3. HIV/Aids im Vergleich mit anderen Krankheiten

a. Ausgangslage

[Rz 44] GUILLOD, KUNZ und ZENGER betrachteten 1991 Aids als Krankheit mit einer medizinischen Sonderstellung. Als Gründe für die Sonderstellung nannten sie einerseits die Infektionsübertragung durch sexuelle Kontakte oder durch verbotene Verhaltensweisen (infizierte Nadel beim Drogengebrauch). Zum anderen machte es HIV/Aids ihrer Meinung nach besonders, dass die Infektion durch einen Testnachweis diagnostiziert wurde, es viele falsch-positive bzw. falsch-negative Testergebnisse gab, es eine langjährige symptomfreie Zeit vor Ausbruch der Aids-Krankheit gab und keine Impf- und Heilungsmöglichkeiten bestanden. Zudem waren HIV-Infizierte einer grossen Diskriminierungsgefahr ausgesetzt⁴⁵. Nachfolgend ist zu prüfen, ob diese Sonderstellung aus medizinischer Sicht – unter Berücksichtigung der medizinischen Fortschritte in den letzten zwanzig Jahren – noch gerechtfertigt ist⁴⁶.

b. HIV/Aids und Hepatitis C

[Rz 45] 200 Millionen Menschen weltweit sind mit der Infektionskrankheit Hepatitis C infiziert⁴⁷. Somit ist die Zahl der Infizierten deutlich höher als die der HIV-Infizierten (33 Millionen Infizierte). Die Übertragung erfolgt heute überwiegend über infizierte Nadeln von Heroinspritzen o.Ä. in Drogenkreisen, weniger über Blut und Blutprodukte und nur selten auf sexuellem Weg⁴⁸. Bei HIV/Aids macht die Übertragung auf sexuellem Weg den grössten Anteil aus⁴⁹. Der wohl wichtigste Unterschied zwischen Hepatitis C und HIV/Aids besteht darin, dass Hepatitis C potentiell heilbar ist, d.h. 30–80% der Erkrankten erreichen die restitution ad integrum⁵⁰.

³⁹ KAYSER ET AL.: Taschenlehrbuch Medizinische Mikrobiologie, S. 549.

⁴⁰ Gespräch vom 2. September 2011 mit Prof. Dr. med. PIETRO VERNAZZA; FKT: HIV-infizierte Menschen ohne andere STD sind unter wirksamer antiretroviraler Therapie sexuell nicht infektiös, S. 165.

⁴¹ Z.B. BAG: Nationales HIV/Aids-Programm 2004–2008, S. 17.

⁴² FKT: Der HIV-Test auf Initiative des Arztes, S. 364 f.

⁴³ Interview vom 28. März 2011 mit Prof. Dr. med. RAINER WEBER.

⁴⁴ Gespräch vom 2. September 2011 mit Prof. Dr. med. PIETRO VERNAZZA.

⁴⁵ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 7.

⁴⁶ Die Frage der Diskriminierung der HIV-Infizierten und Aids-Kranken wird bei der Abhandlung der Entwicklung der Krankheit in der Gesellschaft abgehandelt.

⁴⁷ KAYSER ET AL.: Medizinische Mikrobiologie, S. 501.

⁴⁸ KAYSER ET AL.: Medizinische Mikrobiologie, S. 503.

⁴⁹ Interview vom 28. März 2011 mit Prof. Dr. med. RAINER WEBER.

⁵⁰ Interview vom 28. März 2011 mit Prof. Dr. med. RAINER WEBER.

c. HIV/Aids und Syphilis

[Rz 46] Die Infektionskrankheit Syphilis ist ebenfalls wie HIV/Aids eine weltweit verbreitete Krankheit mit jährlich 12 Millionen Neuinfektionen⁵¹. Die Übertragung erfolgt im Regelfall über den Sexualverkehr⁵². Wie bei HIV/Aids besteht keine Schutzimpfung, jedoch besteht der Unterschied zu HIV/Aids darin, dass Syphilis medikamentös grundsätzlich heilbar ist⁵³.

d. HIV/Aids und Diabetes

[Rz 47] Diabetes gehört zu den Stoffwechselkrankheiten; weltweit sind 300 Millionen Menschen (mit steigender Tendenz) von dieser Krankheit betroffen⁵⁴. Beim häufigeren Typ-II-Diabetes besteht eine multifaktorielle Ätiologie; es ist ein Zusammenspiel aus genetischen Faktoren und Umwelt⁵⁵. Diabetes ist nicht heilbar und ist wie HIV/Aids eine chronische Krankheit.

e. Zwischenfazit

[Rz 48] Es wird deutlich, dass HIV/Aids heute im Vergleich zu 1991 besser mit anderen Infektionskrankheiten, wie z.B. Hepatitis C, zu vergleichen ist, da HIV/AIDS inzwischen besser therapierbar ist. Jedoch besteht auch noch heute kein wirksamer Impfstoff gegen HIV/Aids; bei anderen Krankheiten ist dieser vorhanden. Zudem führen die Medikamente nur zur Suppression der Viren, d.h. werden die Medikamente nicht eingenommen, nimmt die Krankheit ihren Verlauf. Dies im Gegensatz zu Syphilis, wo eine Heilung möglich ist. HIV/Aids ist jedoch insofern gut mit Syphilis zu vergleichen, als beide Krankheiten über den Sexualverkehr übertragen werden.

[Rz 49] WEBER erwähnt, dass es schon grundsätzlich schwierig ist, Krankheiten miteinander zu vergleichen, da jede Krankheit ein Unikum darstellt. Aids lässt sich nach seiner Meinung heute aber besser mit anderen Infektionskrankheiten vergleichen als vor zwanzig Jahren, jedoch verbleibt auch noch heute eine gewisse Sonderstellung. Am besten sei HIV/Aids mit der chronischen Stoffwechselkrankheit Diabetes vergleichbar. Dies insbesondere unter der Berücksichtigung, dass sowohl Aids als auch Diabetes chronische Krankheiten sind und für beide keine Impfstoffe zur Verfügung stehen⁵⁶. Auch das Bundesamt für Gesundheit (BAG) statuiert, dass HIV/Aids durch die Entwicklung der antiretroviralen Kombinationstherapien «nur noch» den Charakter einer schweren chronischen, behandelbaren Erkrankung aufweist⁵⁷.

4. Normalisierung von HIV/Aids?

[Rz 50] In den neunziger Jahren wurde intensiv geforscht;

zwischen 1990 und 1999 wurde ein Rahmenbudget von 85 Millionen CHF bereitgestellt⁵⁸. Die Erfolge in der Prävention und Therapie leiteten im zweiten Teil der neunziger Jahre die sog. «Normalisierung» ein. Die positiven HIV-Tests zeigten in den neunziger Jahren gar einen rückläufigen Trend⁵⁹.

[Rz 51] Ab 2001 stiegen die Neuinfektionen wieder an⁶⁰. Grund dafür könnte der Wegfall der unmittelbaren Lebensbedrohung sein, sodass das Motiv für das entsprechende Schutzverhalten entfallen war⁶¹. Die Krankheit wird in Europa immer mehr als eine chronische Infektionskrankheit gesehen, d.h. sie ist epidemiologisch weniger bedeutend, präventiv akzeptabel und medizinisch immer mehr erforscht und beherrschbar⁶². Seit 2009 sinken die neu gemeldeten positiven HIV-Testresultate⁶³.

[Rz 52] Deutlich werden die Therapiemöglichkeiten auch bei Betrachtung der speziellen Einrichtungen für Aids-Kranke. Dies soll an folgendem Beispiel veranschaulicht werden: Das Hospiz Zürcher Lighthouse wurde 1991 gegründet. Der Zweck bestand darin, Aids-Kranken einen Raum ohne Diskriminierung zu gewähren und sie auf ihrem (sicheren) Sterbensweg zu begleiten (im Schnitt blieben Aids-Kranke 1–3 Monate im Hospiz, bis der Tod eintrat). 2009 litten über 90% der dort stationären Patienten an Krebs und weniger als 5% der Patienten an Aids.⁶⁴ Dies zeigt, dass solche speziellen Einrichtungen für die palliative Medizin nicht mehr primär auf HIV/Aids ausgerichtet sind, sondern vor allem auf Krebs.

[Rz 53] Wie bereits dargelegt ist HIV/Aids heute zwar noch immer nicht heilbar, jedoch gibt es inzwischen eine Therapie, welche die Weiterverbreitung des Virus unterdrücken kann. Im Gegensatz zu 1991, als die Krankheit HIV/Aids noch tödlich verlief, ist sie heute eine chronische, behandelbare Krankheit. Sie wird durch ihre besonderen Eigenschaften nie mit anderen Krankheiten gleichzusetzen sein – so wie auch andere Krankheiten nie miteinander gleichgesetzt werden können – jedoch erscheint HIV/Aids aus medizinischer Sicht (Diagnosemöglichkeiten, Therapiemöglichkeiten, Lebenserwartungen etc.) als weitgehend normalisiert⁶⁵.

5. Ziele in der Medizin

[Rz 54] Heute können durch die antiretrovirale Therapie Todesfälle aufgrund von HIV/Aids vermieden werden. Weiter sind therapiebehandelte Patienten nicht infektiös. Somit ist der Effekt der Therapie als äusserst erfolgreich zu bewerten.

⁵¹ KAYSER ET AL.: Medizinische Mikrobiologie, S. 503.

⁵² KAYSER ET AL.: Medizinische Mikrobiologie, S. 337.

⁵³ KAYSER ET AL.: Medizinische Mikrobiologie, S. 338.

⁵⁴ BÖCKER/DENK/HEITZ/MOCH: Pathologie, S. 1136 f.

⁵⁵ BÖCKER/DENK/HEITZ/MOCH: Pathologie, S. 1138.

⁵⁶ Interview vom 28. März 2011 mit Prof. Dr. med. RAINER WEBER.

⁵⁷ BAG: Nationales HIV/Aids-Programm 2004–2008, S. 7.

⁵⁸ BAG: Nationales HIV/Aids-Programm, S. 12.

⁵⁹ BAG: Nationales HIV/Aids-Programm, S. 28.

⁶⁰ BAG: Nationales HIV/Aids-Programm, S. 33.

⁶¹ BAG: Nationales HIV/Aids-Programm, S. 7.

⁶² BAG: Nationales HIV/Aids-Programm, S. 33.

⁶³ http://www.bag.admin.ch/hiv_aids/11667/12358/index.html?lang=de, besucht am 18. November 2012.

⁶⁴ http://www.hospiz.ch/domains/hospiz_ch/data/free_docs/Jahresbericht%202009.pdf, S. 10 ff., besucht am 16. November 2012.

⁶⁵ Gespräch vom 3. September 2011 mit Prof. Dr. med. PIETRO VERNAZZA.

Was jedoch noch immer eine Hürde in der Medizin darstellt, ist erstens der fehlende wirksame Impfstoff und zweitens eine noch immer regelmässig zu spät gestellte Diagnose. Durch diese sog. «Late Presentation» kann sich die infektiöse Krankheit weiterverbreiten. Würde ein Weg gefunden, um die «Late Presentation» zu vermeiden, könnte die Krankheit weitgehend eingedämmt werden. Gemäss der Aussagen von VERNAZZA muss hierbei sowohl auf der Stufe der Hausärzte angesetzt werden – da diese die Symptomatik von HIV/Aids erkennen müssen – als auch auf Gesetzesstufe. Nach seiner Ansicht wären zudem auch Änderungen im juristischen Bereich erforderlich, da das Erfordernis des «Informed Consent» in Ausnahmefällen zu einer Förderung der «Late Presentations» führen kann⁶⁶.

6. Fazit

[Rz 55] HIV/Aids ist heute – im Gegensatz zu 1991 – eine chronische, behandelbare Krankheit und lässt sich bezüglich ihres Verlaufes auch mit anderen chronischen Krankheiten vergleichen. Todesfälle können vermieden werden und die antiretrovirale Therapie ermöglicht eine Verhinderung der Ansteckung und damit eine Weiterverbreitung von HIV/Aids. Die antiretrovirale Therapie ermöglichte auch aus medizinischer Sicht eine Integration von Infizierten, indem die Krankheit nicht mehr von aussen sichtbar ist. Diesbezüglich wurden in der Medizin grosse Fortschritte erzielt. Problemfelder bilden nach wie vor die noch nicht vorhandene Impfung sowie die sog. «Late Presentation».

II. Gesellschaftlicher und präventivmedizinischer Hintergrund

1. Situation im Jahr 1991

[Rz 56] Mehrfach erwähnen GUILLOD, KUNZ und ZENGER die Diskriminierung von HIV-Infizierten und Aids-Kranker. Die Betroffenen würden zu Aussenseitern. Gründe hierfür seien die Wiederherstellung und Verstärkung der Gruppen, die bereits eine grosse Angriffsfläche für Diskriminierung boten sowie die Assoziation mit verpönten Verhalten (z.B. Homosexualität oder Drogenkonsum). Somit war HIV/Aids 1991 nicht nur medizinisch, sondern auch gesellschaftlich eine Sonderstellung zuzuschreiben.⁶⁷

2. Modelle der HIV/Aids-Prävention

[Rz 57] Die Kerngeschäftsfelder des nationalen HIV/Aids-Programms sind Verhinderung der Ausbreitung von HIV (Prävention in Bevölkerung, Schulen, zielgruppenspezifisch und individuell), Therapie und Betreuung bei einer HIV-Infektion

und Aids-Erkrankung sowie Solidarität mit infektionsgefährdeten, infizierten und kranken Menschen⁶⁸.

[Rz 58] Verschiedene Akteure im Bereich des Public Health sind involviert. Zu erwähnen sind das Bundesamt für Gesundheit (BAG), die Eidgenössische Kommission für sexuelle Gesundheit (EKSG, bis Ende 2011 Eidgenössische Kommission für Aidsfragen [EKAF]), die Direktion für Entwicklungszusammenarbeit (Deza), die Kantone und die Aids-Hilfe-Schweiz⁶⁹. Nachfolgend soll auf die Aids-Hilfe Schweiz detailliert eingegangen werden.

[Rz 59] Die gesamtschweizerische (vom BAG mitfinanzierte) Präventionskampagne «Stop-Aids» wurde 1986 ins Leben gerufen, gehört zu einer der erfolgreichsten Kampagnen überhaupt und gilt international als modellhaft⁷⁰. Sie versuchte und versucht noch heute, durch verschiedene Aktionen und Kampagnen die Gesellschaft aufzuklären und zu sensibilisieren. Immer mehr wurde der Öffentlichkeit bewusst, dass diese Krankheit nicht nur durch homosexuelle Paare übertragen werden kann, sondern allgemein über Sexualverkehr. Auch wurde und wird versucht zu vermitteln, dass die Infizierten im Alltag keine Gefahr darstellen. Dadurch konnte die Diskriminierung klar gesenkt werden. War die Krankheit den Menschen in den achtziger und neunziger Jahren wörtlich ins Gesicht geschrieben und starben diese auch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit innerhalb kürzester Zeit daran, so fand in den späten Neunzigerjahren ein grosser Wandel statt: HIV/Aids-Fälle konnten durch erfolgreiche Drogenbekämpfungsprogramme (Reduktion der kriminellen Beschaffungsweise, Heroinprogramme, Spritzenabgabe, Methadonbehandlungen etc.) reduziert werden und aufgrund der Kombinationstherapie ist den Infizierten bzw. Kranken die Krankheit nicht mehr anzusehen. Die Gruppe von HIV/Aids-Betroffenen ist heterogener; es sind nicht mehr vorwiegend Homosexuelle von dieser Krankheit betroffen⁷¹. Diese Fakten sind inzwischen auch der Gesellschaft bestens bekannt. Heute könnte man gar von einem gegenläufigen Risiko sprechen: die Gesellschaft entwickelt – insbesondere seit HIV/Aids keine unmittelbare Lebensbedrohung mehr darstellt – eine gewisse Lockerheit und ein allenfalls gesteigertes Risikoverhalten gegenüber HIV/Aids. Dem soll mit neuen Kampagnen entgegengewirkt werden. Somit haben die Stop-Aids-Kampagnen – trotz grosser Erfolge – noch immer spezifische Risiken nicht im Griff⁷². Die wirksame Prävention braucht neue Konzepte: ohne unmittelbare Lebensbedrohung für Gesunderhaltung motivieren, auf die sexuellen Wünsche Rücksicht nehmen und trotzdem das

⁶⁶ BATTEGAY MANUEL ET AL.: Later presentation of HIV-infected individuals, S. 841 ff.; Gespräch vom 3. September 2011 mit Prof. Dr. med. PIETRO VERNAZZA.

⁶⁷ Z.B. GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 19, 39.

⁶⁸ BAG: Nationales HIV/Aids-Programm 2004–2008, S. 56 ff.

⁶⁹ PÄRLI/CAPLAZI/SUTER: Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, S. 69.

⁷⁰ <http://www.bag.admin.ch/evaluation/01759/02062/02255/index.html?lang=it>, besucht am 18. November 2012.

⁷¹ Interview vom 30. März 2011 mit Prof. Dr. med. FELIX GUTZWILLER.

⁷² Interview vom 30. März 2011 mit Prof. Dr. med. FELIX GUTZWILLER.

Infektionsrisiko senken. Dabei müssen insbesondere auch Migranten angesprochen werden⁷³.

[Rz 60] Daneben entwickelte die Aids-Hilfe Schweiz auch Solidaritätskampagnen, u.a. mit der Beteiligung von Prominenten, die ihren Erfolg provokativ in Frage stellen, falls sie HIV-infiziert wären⁷⁴.

[Rz 61] Die Prävention setzt auch in den Schulen an. Alle Volks-, Berufs- und Mittelschulen der Schweiz sollen die HIV-Prävention in ihr Curriculum integrieren, sodass eine medizinisch richtige Aufklärung bereits zu einem frühen Zeitpunkt stattfinden kann. Auch dies ist eine Tendenz, die sich erst im Laufe der letzten 10–15 Jahre entwickelt hat und sich nur ungenügend durchsetzt⁷⁵.

3. Normalisierung von Aids?

a. Entwicklungen

[Rz 62] Die Krankheit HIV/Aids hatte in den achtziger Jahren ein hohes Diskriminierungspotential. Grund hierfür war, dass es bei allen Infizierten immer einen gemeinsamen Nenner gab: Die Betroffenen waren in der Regel Homosexuelle, womit HIV/Aids zur «Schwulenseuche» wurde⁷⁶. Schon bald kamen als weitere Betroffenengruppe die intravenös Drogenkonsumierenden, die sog. «Fixer», dazu⁷⁷. Somit blieb HIV/Aids über lange Zeit eine Krankheit bestimmter Minderheiten⁷⁸. Dies wurde durch das mangelnde Wissen über diese Krankheit, deren Unheilbarkeit und dem einzigen Wissen, dass die Übertragung durch bereits gesellschaftlich stigmatisierte Menschengruppen stattfand, gefördert. Diesen Tatsachen wurden in der Gesellschaft mit Angst und Unwissenheit begegnet und bescherte HIV/Aids eine (negative) Prominenz⁷⁹.

b. Die Diskriminierung von HIV/Aids im Vergleich zu anderen Krankheiten

aa. HIV/Aids und andere Infektionskrankheiten

[Rz 63] Es ist eine Tatsache, dass es in den achtziger und neunziger Jahren keine andere Infektionskrankheit (z.B. Hepatitis C, Syphilis etc.) gab, die derart stigmatisierend wirkte wie HIV/Aids. Im Verlauf der Neunzigerjahre hat durch die beschriebenen Kampagnen und zunehmende Therapiemöglichkeiten ein Normalisierungsprozess eingesetzt, jedoch werden HIV/Aids-Patienten im Vergleich zu Patienten

mit anderen Infektionskrankheiten noch immer diskriminiert, was sich auf struktureller Ebene wie z.B. im Strafrecht, im Arbeitsverhältnis oder beim Abschluss von Lebensversicherungen zeigt⁸⁰.

bb. HIV/Aids und andere sichtbare Krankheiten

[Rz 64] Durch mangelnde therapeutische Möglichkeiten waren früh im Verlauf der Erkrankung äussere Merkmale sichtbar. Laut der Aussage von WEBER sind alle Krankheiten, die sichtbar sind (z.B. körperliche und geistige Behinderungen) der erhöhten Diskriminierung ausgesetzt. Dadurch, dass HIV/Aids ab 1995 gut behandelbar wurde, hatte dies zur Folge, dass auch die Diskriminierung abgenommen hat, da HIV/Aids nicht mehr ohne weiteres erkennbar ist. Hierzu muss entsprechend den Ausführungen von WITZTHUM genauer zwischen den verschiedenen Faktoren differenziert werden: Zwar stimmt es, dass die Krankheit bei HIV/Aids-Patienten äusserlich nicht mehr zu erkennen ist, jedoch kann daraus nicht geschlossen werden, dass die Diskriminierung deshalb überhaupt nicht mehr vorhanden ist. Vielmehr kann von einer latenten und strukturellen Diskriminierung gesprochen werden. Sobald der HIV/Aids-Patient seine Krankheit öffentlich kundtut, wird die Diskriminierung manifest, selbst wenn keine Anzeichen von Krankheit sichtbar werden. Dies zeigt sich insbesondere im Arbeitsverhältnis oder beim Abschluss von Lebens- und Krankentaggeldversicherungen⁸¹.

c. Diskriminierung von HIV/Aids auf struktureller Ebene

aa. Diskriminierung im Arbeitsverhältnis

[Rz 65] Die Frage nach der Diskriminierung im Arbeitsverhältnis ist deshalb besonders bedeutsam, weil sich 90% der Infizierten im erwerbsfähigen Alter befinden (15–49 Jahre)⁸².

[Rz 66] Im Jahr 2001 wurde eine vom Schweizerischen Nationalfonds finanzierte empirische Studie durchgeführt, welche in den Jahren 2001–2002 die rechtlichen Aspekte von HIV/Aids und deren ökonomische Auswirkungen untersuchte⁸³. An für den vorliegenden Zweck wichtigen Ergebnissen ist hervorzuheben, dass ein Viertel der 783 Befragten angaben, dass sie bereits mindestens ein Mal im Verlaufe ihres beruflichen Werdegangs den HIV/Aids-Status offenlegen mussten, wobei dies bei zwei Dritteln der Betroffenen einen negativen Einfluss auf die Bewerbung hatte⁸⁴. Über ein Viertel der Befragten haben wegen HIV/Aids bereits ein Mal eine Stelle verloren⁸⁵. Es wurde festgestellt, dass viele der ange-

⁷³ BAG: Nationales HIV/Aids-Programm 2004–2008, S. 35.

⁷⁴ www.aids.ch/d/medien/download.html, besucht am 16. November 2012 und Gespräch vom 13. September 2011 mit Dr. phil. HARRY WITZTHUM, Mitglied der Geschäftsleitung, Aids-Hilfe Schweiz.

⁷⁵ BAG: Nationales HIV/Aids-Programm 2004–2008, S. 64.

⁷⁶ BAG: Nationales HIV/Aids-Programm, S. 8.

⁷⁷ BAG: Nationales HIV/Aids-Programm, S. 8.

⁷⁸ BAG: Nationales HIV/Aids-Programm, S. 8.

⁷⁹ Interview vom 30. März 2011 mit Prof. Dr. med. FELIX GUTZWILLER; GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 19 f.

⁸⁰ Interview vom 30. März 2011 mit Prof. Dr. med. FELIX GUTZWILLER.

⁸¹ Gespräch vom 13. September 2011 mit Dr. phil. HARRY WITZTHUM; vgl. auch nachfolgende Ausführungen.

⁸² PÄRLI/CAPLAZI/SUTER: Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, S. 59.

⁸³ PÄRLI/CAPLAZI/SUTER: Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, S. 61, PÄRLI/KUCERA/SPYCHER: Aids, Recht und Geld, S. 11 ff.

⁸⁴ PÄRLI/KUCERA/SPYCHER: Aids, Recht und Geld, S. 37.

⁸⁵ PÄRLI/KUCERA/SPYCHER: Aids, Recht und Geld, S. 39.

sprochenen Probleme auch Menschen mit anderen (chronischen) Krankheiten betreffen, wobei die HIV/Aids-Infektion auch noch im 21. Jahrhundert geeignet ist, stigmatisierende Reaktionen am Arbeitsplatz hervorzurufen⁸⁶.

[Rz 67] Zwar sind seit dieser Studie bereits wieder zehn Jahre vergangen, doch kann vermutlich noch immer von einer Diskriminierung am Arbeitsplatz, bei Versicherungsansprüchen und anderen in der Studie erwähnten Diskriminierungen ausgegangen werden⁸⁷.

bb. Diskriminierung beim Abschluss von Lebensversicherungen

[Rz 68] In einer wissenschaftlichen Studie der Schweizer Kohorte aus dem Jahre 2003 wurden HIV-Patienten ohne Hepatitis C Koinfektion mit Krebsgeheilten bezüglich der Abschlussmöglichkeiten von Lebensversicherungen verglichen. Dabei wurde festgestellt, dass Krebsgeheilte Zugang zu einer Lebensversicherung erhielten, dieser HIV-Patienten jedoch verwehrt wurde, obwohl HIV-Patienten und Krebsgeheilte die genau gleichen Lebenserwartungen besitzen.⁸⁸ Zwar versucht die Aids-Hilfe Schweiz diesem Ergebnis entgegenzuwirken, jedoch hat sich bis heute noch nichts an dieser Ungleichbehandlung geändert, weshalb noch immer von einer Diskriminierung im Bereich von Lebensversicherungen auszugehen ist⁸⁹.

cc. Diskriminierung aufgrund gesetzlicher Grundlagen

[Rz 69] Es wird vorliegend vorweggenommen, dass sich (nach der vorläufig noch geltenden Rechtslage) eine Person, die HIV infiziert ist, den Geschlechtspartner darüber aufklärt und beide einvernehmlichen, ungeschützten Geschlechtsverkehr haben, wobei der Geschlechtspartner angesteckt wird, dem Verbreiten menschlicher Krankheiten gem. Art. 231 Abs. 1 StGB strafbar macht⁹⁰. Die Aids-Hilfe Schweiz lehnt die Kriminalisierung des ungeschützten Sexualkontakts bei HIV/Aids grundsätzlich ab, da dadurch unter anderem die Stigmatisierung erhalten bleibt⁹¹.

[Rz 70] Die Meldeverordnung zum Epidemiengesetz sieht vor, dass übertragbare Krankheiten gemeldet werden, um vorbeugende Massnahmen treffen zu können. Im Gegensatz zu anderen Infektionskrankheiten wie z.B. Syphilis werden auf den Meldeformularen seit dem 1. März 1999 nicht die vollständigen Personalien angegeben, sondern unter Anderem

nebst Geschlecht, Geburtsdatum und Wohnkanton der erste Buchstabe und die Anzahl Buchstaben des Vornamens (z.B. B6). Durch dieses Vorgehen soll die anonyme Weiterleitung der Daten gewährleistet und gleichzeitig Doppelmeldungen erkannt werden. Nach der Ansicht von WITZTHUM stellt diese Ungleichbehandlung ein weiteres Zeichen für die latente Diskriminierung von HIV/Aids-Betroffenen dar.⁹²

d. Zwischenfazit

[Rz 71] Beim Aufkommen der Krankheit HIV/Aids vor zwanzig Jahren bestand die Befürchtung, dass vor allem Schwule, Prostituierte und Migranten diskriminiert werden könnten. Diverse Aufklärungskampagnen halfen mit, dass diese Gruppen von der Gesellschaft nicht systemisch diskriminiert wurden, jedoch hat sich die Diskriminierung auf die strukturelle Ebene (Lebensversicherungen, Krankentaggeldversicherungen, Arbeitsverhältnis, Reiserestriktionen in bestimmten Ländern, Kriminalisierung) verschoben. Gemäss der Aussage von WITZTHUM stimmt es, dass heute ca. 70% der HIV/Aids-Patienten im Erwerbsleben integriert sind. Dies ist den enormen Fortschritten der Medizin zu verdanken. Trotzdem löst der Status HIV-Positiv, wenn er öffentlich bekannt wird, auch heute noch Diskriminierungen aus, v.a. auf struktureller Ebene, die in der Intensität und Ausbreitung mit jenen vor zwanzig Jahren durchaus zu vergleichen sind⁹³.

4. Ziele auf der Ebene der Diskriminierung

[Rz 72] Ziel ist es, die latente Diskriminierung auf struktureller und strafrechtlicher Ebene zu eliminieren. Durch ein allgemeines Anti-Diskriminierungsgesetz könnten diese Diskriminierungen endgültig reduziert bzw. eliminiert werden. Bisher hat sich der Schweizer Gesetzgeber aber gegen die Einführung eines solchen Gesetzes – wie es auf EU-Stufe bereits umgesetzt ist – gewehrt. Des Weiteren wurde mit Erfolg die Anpassung von Art. 231 StGB gefordert, da eine Kriminalisierung zu keiner Verminderung der Diskriminierung führt. Solange diese Ziele nicht erreicht sind, sollte aus Sicht des Patientenschutzes (Aids-Hilfe Schweiz) der Informed Consent strikt gewahrt werden. Der Abbau von Diskriminierungen trägt entscheidend zum Gelingen der Prävention, Beratung, Diagnostik und Therapie bei, indem diese gleichsam die strukturellen Rahmenbedingungen positiv beeinflussen, damit eine erfolgreiche und nachhaltige HIV-Arbeit ermöglicht werden kann. Deshalb kommt dem Engagement gegen die Diskriminierung und Stigmatisierung auch eine prominente Rolle unter den Unterstützungsaufgaben des neuen nationalen Programms «HIV und andere sexuelle Infektionen 2011–2017»⁹⁴ zu.

⁸⁶ PÄRLI/KUCERA/SPYCHER: Aids, Recht und Geld, S. 240 ff.

⁸⁷ Gespräch vom 13. September 2011 mit Dr. phil. HARRY WITZTHUM.

⁸⁸ JAGGY ET AL.: Mortality in the Swiss HIV Cohort Study (SHCS) and the Swiss general population, Seite 877 f.; Gespräch vom 13. September 2011 mit Dr. phil. HARRY WITZTHUM.

⁸⁹ Gespräch vom 13. September 2011 mit Dr. phil. HARRY WITZTHUM.

⁹⁰ Für eine detaillierte Diskussion sowie die bereits verabschiedete Änderung der Bestimmung vgl. der Teil II Ziff. C.III.

⁹¹ Aids-Hilfe Schweiz: Strafbarkeit der HIV-Übertragung, S. 5 ff.; es wird differenzierter auf diese Problematik im juristischen Teil unter Teil II Ziff. C.III. eingegangen.

⁹² <http://www.aids.ch/d/medien/diskriminierung.php>, besucht am 18. November 2012; Gespräch vom 13. September 2011 mit Dr. phil. HARRY WITZTHUM.

⁹³ Gespräch vom 13. September 2011 mit Dr. phil. HARRY WITZTHUM.

⁹⁴ NIGGLI: Ist eine Änderung von Art. 231 StGB angezeigt?; Gespräch vom 13. September 2011 mit Dr. phil. HARRY WITZTHUM; auf Einzelheiten

III. Fazit: Veränderungen in medizinischer und gesellschaftlicher Hinsicht

[Rz 73] Es lässt sich festhalten, dass es in den letzten 20 Jahren im Hinblick auf die Diskriminierung aufgrund von HIV/Aids sowohl in der Medizin als auch auf gesellschaftlicher Ebene grosse, aber gegensätzliche Entwicklungen zu verzeichnen gibt:

[Rz 74] In der Medizin führte die antiretrovirale Therapie zu einem einschlägigen Erfolg auf allen Ebenen: Die Krankheit hat sich von einer tödlichen zu einer chronischen, behandelbaren Krankheit entwickelt und HIV/Aids ist den Menschen nicht mehr «ins Gesicht geschrieben», d.h. anzusehen, sodass viele Betroffene wieder in ihr gewohntes Umfeld integriert werden können. Noch unerreichte Ziele bilden in der Medizin die Entwicklung eines Impfstoffs und die Eliminierung der Problematik «Late Presentation». Um Letzteres zu bekämpfen, besteht auf der Ebene der Hausärzte sowie auf juristischer Ebene Handlungsbedarf. Hausärzte müssen die Symptome frühzeitig erkennen und auf juristischer Ebene muss nach Mitteln gesucht werden, um dem Phänomen der «Late Presentation» wirksam beizukommen.

[Rz 75] Ein komplett anderes Bild zeigt sich auf gesellschaftlicher Ebene. Zwar sind heute im Vergleich zu 1991 nicht mehr Gesellschaftsgruppen wie Homosexuelle, Prostituierte und Migranten der HIV-Diskriminierung ausgesetzt, jedoch ist die HIV-spezifische Diskriminierung nicht verschwunden – sie hat sich vielmehr auf die strukturelle Ebene verlagert. Dadurch, dass die Gesellschaft weitläufig aufgeklärt ist und durch die antiretrovirale Therapie die Krankheit den Betroffenen von aussen nicht mehr anzusehen ist, besteht keine manifeste HIV-Diskriminierung, doch findet – sobald sich die infizierte Person «outet» – eine Diskriminierung auf struktureller Ebene statt (Abschluss von Lebens- und Krankentaggeldversicherung nicht möglich, Reiserestriktionen in bestimmten Ländern, Probleme im Arbeitsverhältnis, Kriminalisierung der HIV-Übertragung, Datenschutzverletzungen etc.). Die manifeste Diskriminierung von 1991 hat sich also zu einer latenten Diskriminierung entwickelt. Patientenorganisationen sind deshalb darauf bedacht, auch diese Diskriminierungen zu eliminieren. Um dieses Ziel zu erreichen, forderten Aids-Hilfe Schweiz eine juristische Anpassung im Strafrecht, d.h. eine Entkriminalisierung und eine verbesserte Gesetzeslage zur Anti-Diskriminierung. Bis eine solche nicht erreicht ist, muss nach Ansicht dieser Organisation der Informed Consent strikt gewahrt werden.

[Rz 76] Nachfolgend wird auf juristischer Ebene untersucht, wie die heutige Lehre und Rechtsprechung zu würdigen ist. Dabei soll stets auch nach einer praktikablen Lösung unter Berücksichtigung der Medizin und Patientenorganisationen gesucht werden.

IV. Verhältnis zwischen Aids-Kampagnen und individuellem HIV-Test

[Rz 77] Gemäss der Ansicht von ZENGER tragen die Stop-Aids-Kampagnen ebenso gut und «ohne Tangierung der grundrechtlich geschützten Interessen der Infizierten zur Sicherung individueller Gesundheit wie das individuelle Wissen um ein positives Testergebnis» bei⁹⁵. Diese Aussage ist etwas zu differenzieren: Fest steht, dass es verschiedene Möglichkeiten gibt, um über die Krankheit Aids aufgeklärt zu werden: die Kampagnen und die individuelle Beratung bzw. den HIV-Test. Die Massnahmen verfolgen jedoch unterschiedliche Zielsetzungen und beide bedingen einander. Die Kampagne hat den Zweck, die breite Bevölkerung, d.h. Infizierte und Nichtinfizierte, für das Thema zu sensibilisieren sowie Diskriminierungsfragen anzusprechen und zugleich das Thema der Sexualität (bzw. der sexuellen Krankheitsübertragung) zu enttabuisieren. Dies bildet eine Voraussetzung dafür, dass sich aufgeklärte Homosexuelle und andere Infizierte bereit erklären, sich an Beratungsstellen oder an ihren Arzt zu wenden.

C. Die rechtlichen Konsequenzen für den Informed Consent

I. Öffentlich-rechtlicher Teil

1. Rechtsgrundlagen im Rahmen von HIV/Aids

[Rz 78] Auf internationaler Ebene ist zunächst auf das Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Biomedizinkonvention) hinzuweisen. Gem. Art. 22 Biomedizinkonvention darf der Teil des menschlichen Körpers, welcher entnommen wird, nur zu dem Zweck aufbewahrt und verwendet werden, zu dem er entnommen worden ist. Eine weitere Erörterung der Biomedizinkonvention wird im Folgenden unterbleiben. Es soll nur deutlich werden, dass bestimmte Grundsätze auch auf staatsvertraglicher Ebene geregelt sind.

[Rz 79] Auf Bundesebene sind die Grundrechte der Bundesverfassung einschlägig. Vorliegend sind insbesondere die persönliche Freiheit gem. Art. 10 Abs. 2 BV sowie der Schutz vor Missbrauch von Daten gem. Art. 13 Abs. 2 BV von grosser Relevanz.

[Rz 80] Die Funktion des Epidemiengesetzes von 1970, welches seit 1974 in Kraft ist, besteht u.a. im Schutz vor der Weiterverbreitung übertragbarer Krankheiten⁹⁶. Übertragbare Krankheiten sind gem. Art. 2 EpG Krankheiten, die unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden können. Aids wird durch das HI-Virus verursacht und fällt

insbesondere der juristischen Belange wird im juristischen Teil unter Teil II Ziff. C.III. eingegangen.

⁹⁵ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 117.

⁹⁶ PÄRLI/KUCERA/SPYCHER: Aids, Recht und Geld, S. 118.

somit in den Geltungsbereich des Epidemiengesetzes. Die Totalrevision dieses Gesetzes wurde jüngst vom Parlament bereinigt, steht aber noch nicht in Kraft.

[Rz 81] Im Unterschied zum Gutachten von 1991 gibt es seit 1993 das Datenschutzgesetz. Gem. Art. 1 DSG bezweckt das Datenschutzgesetz den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden. Gem. Art. 2 DSG umfasst der Schutz sowohl den öffentlichen als auch den privaten Bereich⁹⁷.

[Rz 82] Das Bundesgesetz über Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG), welches seit 2007 in Kraft steht, hat gem. Art. 1 Abs. 3 lit. e MedBG unter anderem die Regeln zur selbständigen Ausübung der universitären Medizinalberufe zum Inhalt, wobei gem. Art. 2 Abs. 1 lit. a MedBG Ärzte zu den universitären Medizinalberufen gehören. Somit ist das MedBG grundsätzlich einschlägig.

[Rz 83] Daneben können kantonale Gesetze zur Anwendung gelangen, z.B. das Patientinnen- und Patientengesetz des Kantons Zürich von 2004 (PatG ZH) oder das Gesetz über das Gesundheitswesen (Gesundheitsgesetz) des Kantons Zürich von 1962. Auf die kantonalen Gesetze wird nur am Rande eingegangen.

[Rz 84] Ebenfalls kommen gesetzliche Grundlagen auf Verordnungsstufen vor, wie z.B. die Arzneimittelverordnung. Diese Verordnungen werden im jeweiligen Kontext erläutert.

[Rz 85] Auch wenn die Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) als privatrechtlicher Verein ausgestaltet ist und es vorliegend um das öffentliche Recht geht, ist die Standesordnung FMH gem. der Präambel für alle Mitglieder der FMH verbindlich. Für Nichtmitglieder gilt sie als soft law bzw. als Verhaltenscodex⁹⁸.

[Rz 86] Als soft law kommen ebenfalls die medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie für medizinische Wissenschaften (SAMW) zur Anwendung. Gem. Art. 1 der SAMW Statuten ist die SAMW eine Stiftung gem. Art. 80 ff. ZGB. Gem. Art. 3 der SAMW Statuten ist u.a. ihr Zweck, sich bei der Klärung ethischer Fragen im Zusammenhang mit neuen medizinischen Erkenntnissen zu engagieren, ethische Richtlinien aufzustellen und sich für deren Umsetzung einzusetzen. Zwar gibt es die SAMW seit 1941, aber die heutigen Statuten wurden erst im Jahre 1990 errichtet und der grösste Teil der medizinisch-ethischen Regelungen sind erst in den letzten zehn Jahren entstanden.

[Rz 87] Als das Gutachten 1991 von ZENGER verfasst wurde, gab es auf bundesrechtlicher Ebene nur die Bundesverfassung und das Epidemiengesetz. Die Gesetzgebung hat sich demnach im Bereich des Medizin- und Gesundheitsrechts in den letzten zwanzig Jahren stark entwickelt und die

Gesetzesdichte hat massiv zugenommen. Welche Auswirkungen dies auf die Fragestellungen hat, wird nachfolgend ausgeführt.

2. HIV-Test

a. HIV-Test im Allgemeinen

aa. Rechtsfragen

[Rz 88] Der HIV-Test ist nur zulässig, wenn er nicht auf ungerechtfertigte Weise in die Grundrechte eingreift. Auf die Drittwirkungsproblematik wird im zivilrechtlichen Teil und für die Beurteilung von Tests generell aus strafrechtlicher Sicht wird im strafrechtlichen Teil eingegangen.

bb. Test ohne Aufklärung und Einwilligung als Eingriff in die persönliche Freiheit gem. Art. 10 Abs. 2 BV (1) Persönliche Freiheit gem. Art. 10 Abs. 2 BV

[Rz 89] Der verfassungsrechtliche Schutz der persönlichen Freiheit weist eine enge Beziehung zum privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz gem. Art. 27 f. ZGB auf⁹⁹. Die physische Freiheit ist Schutzobjekt der persönlichen Freiheit gem. Art. 10 Abs. 2 BV. Sie schützt das Individuum vor Eingriffen in den menschlichen Körper¹⁰⁰. Als körperlicher Eingriff genügt schon ein kleiner Stich zur Blutentnahme¹⁰¹. Demnach ist der HIV-Test durch die Blutentnahme, die Analyse des Blutes auf HIV und die Handhabung der Information über den Gesundheitszustand des Patienten in mehrfacher Hinsicht als Eingriff in die persönliche Freiheit gem. Art. 10 Abs. 2 BV zu qualifizieren.

[Rz 90] Die informierte Einwilligung des Patienten vermag allerdings einen Eingriff in die persönliche Freiheit zum Vornherein zu rechtfertigen¹⁰².

[Rz 91] Fehlt eine solche rechtmässige Einwilligung, müssen die üblichen Schranken der Grundrechtseingriffe gemäss Art. 36 BV geprüft werden, d.h. es braucht zunächst eine gesetzliche Grundlage für den Eingriff, bei schweren Eingriffen gar ein formelles Gesetz (Art. 36 Abs. 1 BV)¹⁰³. Diese gesetzliche Grundlage muss genügend bestimmt sein¹⁰⁴. Laut Art. 36 Abs. 2 BV muss die Einschränkung im öffentlichen Interesse liegen oder zum Schutz von Grundrechten Dritter erforderlich sein. Drittens muss der Eingriff gemäss Art. 36 Abs. 3 BV verhältnismässig sein. Die Verhältnismässigkeit ist grundsätzlich dann zu bejahen, wenn die öffentlichen Interessen die individuellen Interessen an der Grundrechtsausübung überwiegen¹⁰⁵. Dies setzt nach herrschender Lehre

⁹⁷ BSK-MAURER-LAMBROU/KUNZ: Art. 1 DSG, Rz. 6.

⁹⁸ www.fmh.ch/fmh/rechtliche_grundlagen.html, besucht am 16. November 2012.

⁹⁹ SCHWEIZER: St. Galler Kommentar zu Art. 10 BV, Rz. 3.

¹⁰⁰ GÄCHTER/TREMP: Arzt und seine Grundrechte, S. 12.

¹⁰¹ HÄFELIN/HALLER/KELLER: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 116.

¹⁰² HÄFELIN/HALLER/KELLER: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 117.

¹⁰³ HÄFELIN/HALLER/KELLER: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 101.

¹⁰⁴ HÄFELIN/HALLER/KELLER: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 100.

¹⁰⁵ WEBER-DÜRLER: Grundrechtseingriffe, S. 137 ff.; SCHEFER: Beeinträchtigung von Grundrechten, S. 176.

und bundesgerichtlicher Rechtsprechung voraus, dass der Eingriff geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, für die Erreichung des Ziels erforderlich ist und den Einzelnen nicht mit unzumutbarer Härte trifft, d.h. für diesen zumutbar ist¹⁰⁶. Als vierte und letzte Voraussetzung gilt laut Art. 36 Abs. 4 BV, dass der Eingriff nie den Kerngehalt des Grundrechts verletzen darf.

(2) Informed Consent

[Rz 92] Der Informed Consent setzt sich aus der Aufklärung durch den Arzt und der (dadurch informierten) Einwilligung des Patienten zusammen¹⁰⁷. Auf die Aufklärung und deren Umfang wird in Teil II Ziff. D näher eingegangen, während im Folgenden die verschiedenen Einwilligungsarten vorgestellt werden.

[Rz 93] Die grundrechtlich geforderte Einwilligung erfordert verschiedene Voraussetzungen: die Urteilsfähigkeit des Betroffenen, die rechtsgenügende Aufklärung, das Fehlen von Willensmängeln, die Erteilung durch den Betroffenen, die Erteilung vor dem Eingriff, die Möglichkeit des freien Widerrufs sowie die Beachtung der in Art. 27 ZGB umschriebenen Schranken¹⁰⁸. Diese Voraussetzungen müssen nicht (alle kumulativ) erfüllt sein, wenn es sich um eine stillschweigende Einwilligung, eine mutmassliche Einwilligung oder eine hypothetische Einwilligung handelt. Somit ist zu prüfen, ob diese Einwilligungsarten beim HIV-Test vorliegen können.

[Rz 94] Die stillschweigende Einwilligung kommt laut der Ansicht von ZENGER nur für jene Vorkehrungen in Betracht, die für den Patienten erkennbar sind und gegen welche der Patient keinen Widerspruch erhebt, oder die so offensichtlich sind, dass die Einwilligung aus der Arztkonsultation als solcher abgeleitet werden kann¹⁰⁹. Diese Argumentation ist auch heute noch einschlägig.

[Rz 95] Eine Form der stillschweigenden Einwilligung bildet die Blankett-Einwilligung. Bei dieser gibt der Patient eine Globaleinwilligung zu einem allgemeinen Check-up, ohne über die genaueren Untersuchungen und Tests aufgeklärt zu werden. Nach der Ansicht von ZENGER ist aufgrund der folgenden Punkte die Einwilligung zu einem HIV-Test im Auftrag zu einem Check-up nicht automatisch enthalten: (1.) der Test ist nicht geläufig und dient nicht der Routineuntersuchung, (2.) der Test ist aus Sicht des Patienten keine gewöhnliche Untersuchungsmassnahme, (3.) mit der HIV-Früherkennung sind keine bedeutsamen und anerkannten Linderungs- und Heilungschancen verbunden und (4.) ein allfälliges positives Testergebnis zieht, anders als Resultate anderer Untersuchungen, das Risiko schwerer sozialer Nachteile nach sich¹¹⁰.

[Rz 96] Unter Berücksichtigung der heutigen Ausgangslage lässt sich zum ersten Argument von ZENGER sagen, dass der Test inzwischen gut etabliert und allgemein bekannt ist. Wie erläutert findet eine schweizweite Aufklärung bereits im Schulunterricht statt. Weiter gibt es eine gesellschaftliche Aufklärung durch verschiedenste Kampagnen, die stets dazu auffordern, sich zu schützen und sich bei Verdacht an einen Arzt zu wenden. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Schweizer noch nie von einem HIV-Test gehört hat, ist sehr gering. Selbst diejenigen, die sich nicht schützen wollen, wissen um die Existenz des Tests. Problemfälle können sich jedoch vereinzelt bei Migranten aus medizinisch unterentwickelten Ländern ergeben¹¹¹. Zudem ist der Begriff der «Routineuntersuchung» heute nicht mehr adäquat bzw. irreführend, da es – wie oben erläutert – aus Sicht des Arztes den allgemeinen Check-up heute kaum mehr gibt¹¹². Zum zweiten Argument von ZENGER lässt sich sagen, dass die Üblichkeit der Untersuchungsmassnahme zwar deutlich zugenommen hat, jedoch noch nicht auf der Gewöhnlichkeitsstufe z.B. eines Eisenmangeltests angelangt ist; nicht zuletzt deshalb, weil die Konsequenzen eines positiven Testergebnisses viel gravierender sind¹¹³. Anders als 1991, und damit entgegen dem dritten Argument von ZENGER, führt heute die Früherkennung zu massgeblichen Linderungschancen. Zwar ist die Heilung noch nicht möglich, doch kommt es gar nicht zum Ausbruch von Aids, sofern die HIV-Infektion frühzeitig diagnostiziert und therapiert wird. Ebenso ist das letzte Argument von ZENGER im gewandelten Umfeld zu relativieren: Diskriminierungen bestehen zwar nach wie vor, doch hat ihre Intensität in den letzten zwanzig Jahren stark abgenommen¹¹⁴ bzw. sich auf eine andere (strukturelle) Ebene verlagert.

[Rz 97] Die Argumentation von ZENGER kann demnach heute nicht mehr in gleichem Mass Gültigkeit beanspruchen, doch kommt nach unserer Ansicht eine Blankett-Einwilligung gleichwohl nicht in Frage. Dies hat weniger mit der Krankheit HIV/Aids zu tun als vielmehr damit, dass es die Routineuntersuchung als solches heute kaum mehr gibt und selbst bei einer Routineuntersuchung die Einwilligung zu den relevanten Tests, zu welchen auch der HIV-Test gehört, beim Patienten eingeholt werden muss; dies vor allem auch im Hinblick auf die nach wie vor gravierenden Konsequenzen eines allfälligen positiven Testresultats. Gleiches würde für Tests von anderen schweren Krankheiten gelten, z.B. Hepatitis C; dies ungeachtet der Tatsache, dass eine entsprechende Einwilligung in der Praxis häufig nicht eingeholt wird. Diese Sichtweise wird insbesondere dadurch bestärkt, dass das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in den letzten Jahrzehnten stark an Bedeutung gewonnen hat und heute eine absolut

¹⁰⁶ SCHEFER: Beeinträchtigung von Grundrechten, S. 178.

¹⁰⁷ GÄCHTER/VOLLENWEIDER: Gesundheitsrecht, S. 127 f.

¹⁰⁸ Z.B. GÄCHTER/VOLLENWEIDER: Gesundheitsrecht, S. 127.

¹⁰⁹ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 99.

¹¹⁰ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im

Zusammenhang mit Aids, S. 99, 211.

¹¹¹ Interview vom 30. März 2011 mit Prof. Dr. med. Felix GUTZWILLER.

¹¹² Vgl. Teil I Ziff. B.1.2.

¹¹³ Interview vom 30. März 2011 mit Prof. Dr. med. Felix GUTZWILLER.

¹¹⁴ Für weitere Ausführung vgl. Teil II Ziff. B.

zentrale Stellung im gesamten Medizin- und Gesundheitsrecht einnimmt.

[Rz 98] Auf die mutmassliche bzw. hypothetische Einwilligung wird im Rahmen der Erörterungen der Aufklärung bzw. zu möglichen Ausnahmen der Aufklärung eingegangen, worauf verwiesen werden kann¹¹⁵. Ebenso wird auf die potentielle Rechtfertigung einer Ausnahme vom Informed Consent durch das «therapeutische Privileg» oder die zeitliche Dringlichkeit an anderer Stelle behandelt¹¹⁶.

[Rz 99] Anzumerken bleibt, dass ein HIV-Test ohne Informed Consent auch mit Art. 10 der Standesordnung FMH und dem Recht auf Selbstbestimmung gem. den medizinisch-ethischen Grundsätzen der SAMW zum Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung in Konflikt geraten könnte¹¹⁷.

b. Heimlicher, nicht-anonymer HIV-Test für Behandlungs- und Präventionszwecke

aa. HIV-Test und Art. 36 BV (1) Gesetzliche Grundlage gem. Art. 36 Abs. 1 BV

[Rz 100] Eine mögliche gesetzliche Grundlage bildet das Epidemiengesetz von 1970. Bei HIV/Aids handelt es sich um eine bösartige, übertragbare Krankheit im Sinne des Epidemiengesetzes¹¹⁸. Die behördlichen Massnahmen, die gegen Einzelpersonen zur Krankheitsbekämpfung eingesetzt werden können, sind in Art. 15 ff. EpG geregelt. Art. 17 EpG statuiert, dass die in Art. 15 Abs. 2 EpG genannten Personen verpflichtet werden können, Untersuchungen und Entnahmen von Untersuchungsmaterial an sich vornehmen zu lassen, sofern dies zur Verhütung der Weiterverbreitung einer übertragbaren Krankheit nötig ist. Vorliegend kommen die von einer übertragbaren Krankheit betroffenen Personen gem. Art. 15 Abs. 2 lit. c EpG in Frage. Die grammatikalische Auslegung von Art. 17 EpG belässt grundsätzlich keinen Interpretationsspielraum. Die Konsultation der BOTSCHAFT zu dieser Bestimmung ist ebenfalls nicht weiterführend, da diese lediglich den Wortlaut des Gesetzestextes wiedergibt. Unter Beachtung der Gesetzssystematik und der grammatikalischen Auslegung von Art. 28 EpG hat gem. Art. 28 Abs. 2 EpG der Arzt, der Kranke oder verdächtige Kranke behandelt, die in seiner Möglichkeit liegenden Massnahmen zu treffen, um die Weiterverbreitung der Krankheit zu verhüten und die Ansteckungsquelle auszuschalten. Erachtet er behördliche Massnahmen als notwendig, meldet er dies dem zuständigen Amtsarzt bzw. Kantonsarzt. Dies macht deutlich, dass Art. 17 EpG nur subsidiär gilt, da als mildere Massnahme die Einwilligung des Betroffenen in Frage kommt. Willigt dieser in die Untersuchung bzw. Entnahme von Untersuchungsmaterial ein, erweist sich Art. 17 EpG als obsolet. Der behandelnde

Arzt hat somit den HIV-Infizierten oder HIV-Verdächtigen, Aids-Kranken oder Aids-Verdächtigen zuerst zu informieren bzw. seine Einwilligung einzuholen. Nur wenn der Betroffene sich gegen den Test wehrt und dieses Verhalten sich auch bei einem zweiten Gespräch nicht ändert, hat der Arzt sich an den Amtsarzt bzw. Kantonsarzt zu wenden, damit die Massnahmen von Art. 15 ff. EpG angewandt werden können. Ist davon auszugehen, dass eine solche Situation vorliegt, d.h. wurde der Patient aufgeklärt, aber möchte er trotzdem keinen HIV-Test durchführen lassen, keine Vorsichtsmassnahmen treffen und auch seine Kontaktpersonen nicht aufklären, genügt Art. 15 ff. EpG den gesetzlichen Erfordernissen. Für einen schweren Eingriff in das Grundrecht – was hier unzweifelhaft vorliegt, da Körpersubstanz unfreiwillig entnommen wird – erscheint Art. 15 EpG ausreichend, da es sich bei der Bestimmung einerseits um ein formelles Gesetz handelt und dieses andererseits genügend bestimmt ist; sowohl der Kreis der Personen als auch die Massnahmen sind präzise umschrieben. Art. 17 EpG reicht demnach als gesetzliche Grundlage für einen informierten Zwangstest im Einzelfall; jedoch kann für einen heimlichen HIV-Test oder einen systematischen HIV-Test nicht auf Art. 15 ff. EpG Bezug genommen werden. Diese Ansicht teilt auch – ähnlich in der Argumentation und gleich im Ergebnis – ZENGER¹¹⁹.

[Rz 101] Die Rechtslage ist im Hinblick auf das revidierte Epidemiengesetz¹²⁰ grundsätzlich gleich zu beurteilen: Einerseits führt die BOTSCHAFT HIV/Aids sowohl im geltenden zweistufigen Modell als auch im zukünftigen dreistufigen Modell (vgl. Art. 6 und 7 rev-EpG) als Infektionskrankheit der «normalen Lage» ein¹²¹. Somit sind sowohl Ziel (epidemiologischer Alltag, Prävention, Überwachung und Bekämpfung) als auch die Vollzugsart identisch. Andererseits können auf der Grundlage von Art. 36 rev-EpG Personen, die krank, krankheitsverdächtig, angesteckt oder ansteckungsverdächtig sind, zu einer ärztlichen Untersuchung verpflichtet werden. Diese Norm entspricht weitgehend Art. 17 EpG. Auch in Zukunft soll eine ärztliche Untersuchung nur als Individualmassnahme greifen; ein anonymer Test ist damit nicht zulässig¹²².

[Rz 102] Während das geltende EpG keine Möglichkeit zur Anordnung einer ärztlichen Zwangsbehandlung vorsieht, ist eine solche in Art. 37 rev-EpG verankert. Zwar ist der HIV-Test als solcher keine ärztliche Behandlung, jedoch können die Konsequenzen eines positiven Ergebnisses in einer ärztlichen Behandlung bestehen. Art. 37 rev-EpG ist deshalb darauf hin zu prüfen, ob ein heimlicher HIV-Test in Verbindung mit einer anschliessenden heimlichen Therapie möglich ist. Gem. Art. 37 rev-EpG kann eine Person, welche krank, krankheitsverdächtig, angesteckt oder ansteckungsverdächtig ist,

¹¹⁵ Vgl. Teil III Ziff. B.V..

¹¹⁶ Teil III Ziff. B.III.

¹¹⁷ SAMW: Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, S. 3.

¹¹⁸ Vgl. GÄCHTER/VOLLENWEIDER: Gesundheitsrecht, S. 59.

¹¹⁹ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 101 ff.

¹²⁰ Siehe BBl 2012 8157.

¹²¹ Botschaft zur Revision des Epidemiengesetzes, S. 363.

¹²² Botschaft zur Revision des Epidemiengesetzes, S. 389.

verpflichtet werden, sich ärztlich behandeln zu lassen. Laut der BOTSCHAFT gibt es zwei restriktive Voraussetzungen: die Behandlung ist nur zulässig, wenn sie nach herrschender medizinischer Lehre zu einer Verbesserung des Gesundheitszustandes oder zu einer Heilung führt. Zweitens muss es eine Therapieform sein, die geeignet ist, die Ansteckungsgefahr des Infizierten zu verringern¹²³. Wie in Teil II Ziff. B.I.1.g. dargelegt, führt die seit 1995 gebräuchliche antiretrovirale Kombinationstherapie zu einer deutlichen Verbesserung des Gesundheitszustandes. Ebenfalls handelt es sich dabei um eine Therapieform, welche das Ansteckungspotential des Infizierten verringert¹²⁴. Da die Anordnung einer ärztlichen Behandlung einen Eingriff in die persönliche Freiheit gem. Art. 10 Abs. 2 BV darstellt, darf laut der BOTSCHAFT kein physischer Zwang angewendet werden, wenn sich der Infizierte einer Behandlung entzieht¹²⁵. Die Verweigerung als mögliche Verhaltensform des Infizierten kommt nur in Betracht, wenn er vor Durchführung des HIV-Tests bzw. Anordnung der Therapie darüber aufgeklärt wurde. Somit entfällt Art. 37 EpG als mögliche gesetzliche Grundlage für einen heimlichen, nicht-anonymen HIV-Test.

[Rz 103] Art. 39 rev-EpG sieht ausdrücklich vor, dass der behandelnde Arzt die in seiner Möglichkeiten liegenden Massnahmen zu treffen hat, um die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit zu verhindern. Bei behördlichen Massnahmen – wie sie in Art. 33–38 E-EpG geregelt sind – muss gem. Art. 39 i.V.m. Art. 31 E-EpG die zuständige kantonale Behörde (d.h. der Amtsarzt bzw. der Kantonsarzt) informiert werden bzw. müssen diese von letzterer angeordnet werden. Nur der Amtsarzt bzw. Kantonsarzt kann diese Massnahmen anordnen¹²⁶. Festzuhalten bleibt, dass auch die Totalrevision des Epidemiengesetzes *voraussichtlich keine Änderung bzgl. des HIV-Tests ohne Einwilligung* bringen wird.

[Rz 104] Da der Gesetzgeber nicht alle Gefahren, die der öffentlichen Sicherheit drohen, voraussehen und regeln kann, kann bei echten, unvorhersehbaren und gravierenden Notfällen auf die gesetzliche Grundlage verzichtet werden¹²⁷. Bei HIV/Aids handelt es sich jedoch nicht um einen unvorhersehbaren und gravierenden Notfall. Die Krankheit und ihre Verbreitungsform sind seit über 25 Jahren bekannt und aufgrund der bestehenden Therapiemöglichkeiten und der sinkenden Neuinfektionsrate ist auch das Merkmal des gravierenden Notfalls nicht erfüllt.

[Rz 105] Ebenfalls keine gesetzliche Grundlage findet sich (allfälligen) zukünftigen Präventionsgesetz. Weitere in Frage kommende gesetzliche Grundlagen sind nicht ersichtlich.

Somit ist keine gesetzliche Grundlage ersichtlich, die einen heimlichen HIV-Test rechtfertigen würde. Zum gleichen Ergebnis führen auch die ähnlichen Ausführungen von ZENGER¹²⁸. Der Vollständigkeit halber werden nachfolgend gleichwohl die weiteren Voraussetzungen von Art. 36 BV geprüft, da diese von Bedeutung sein könnten, wenn dereinst eine – heute fehlende – gesetzliche Grundlage für einen nicht-anonymisierten, heimlichen HIV-Test geschaffen würde.

(2) Öffentliches Interesse gem. Art. 36 Abs. 2 BV

[Rz 106] Es ist davon auszugehen, dass die Gesellschaft ein grosses Interesse daran hat, dass sich HIV-Patienten ihrer Infektion bewusst sind, damit sie sich entsprechend verhalten und die Infektionsgefahr unterdrückt werden kann. Der HIV-Test als solcher gibt nur Aufschluss über die Infektion, das entsprechende Verhalten ist eine Folge des HIV-Tests. Trotzdem ist das öffentliche Interesse am HIV-Test zu bejahen, da ohne Test auch keine Verhaltensänderung stattfinden kann.

(3) Verhältnismässigkeit gem. Art. 36 Abs. 3 BV

[Rz 107] Laut der Ansicht ZENGERs müssen die individuellen Tests für infektionsverdächtige Personen ein höchstmögliches Mass an Zuverlässigkeit bieten, damit der Test als geeignetes Mittel zur Umsetzung des öffentlichen Interesses erscheint. Dies war 1991 noch nicht der Fall¹²⁹. Anders gestaltet sich die Ausgangslage heute: Wie geschildert bietet der HIV-Test heute eine Zuverlässigkeit von 98% bis 99.5%. Diese Wahrscheinlichkeit ist medizinisch kaum verbesserungsfähig. Weiter führt ZENGER aus, dass die Tests als Grundlage für Präventionsmassnahmen nur so lange geeignet sind, als kein HIV-Impfstoff besteht¹³⁰. Wie beschrieben existiert nach wie vor kein Impfstoff. Im Gegensatz zu den damals durchaus begründeten Ausführungen von ZENGER erscheint der HIV-Test bei infektionsverdächtigen Personen im gewandelten Umfeld als grundsätzlich geeignete Massnahme.

[Rz 108] Das anvisierte Ziel, nämlich das Wissen um die HIV-Infektion, würde mit der Durchführung des HIV-Tests erreicht. Eine weniger weit gehende Massnahme ist bei einem Patienten, der die Einwilligung verweigert, nicht ersichtlich. Somit wäre der heimliche Test ein erforderliches Mittel; wobei nochmals zu betonen ist, dass es an der erforderlichen gesetzlichen Grundlage für einen solchen fehlt.

[Rz 109] Die Verhältnismässigkeit i.e.S., d.h. die Güterabwägung zwischen der persönlichen Freiheit des Individuums gem. Art. 10 Abs. 2 BV einerseits gegenüber dem staatlichen bzw. öffentlichen Interesse andererseits, erfordert eine

¹²³ Botschaft zur Revision des Epidemiengesetzes, S. 390.

¹²⁴ FKT: HIV-infizierte Menschen ohne andere STD sind unter wirksamer antiretroviraler Therapie sexuell nicht infektiös, S. 165.

¹²⁵ Botschaft zur Revision des Epidemiengesetzes, S. 390.

¹²⁶ Botschaft zur Revision des Epidemiengesetzes, S. 391.

¹²⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 101 f.

¹²⁸ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 93 ff.

¹²⁹ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 106.

¹³⁰ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 107.

spezifische Prüfung. Diese wird nachfolgend anhand verschiedener Fallgruppen exemplarisch vorgenommen.

bb. Fallgruppen (1) Heimlicher Test zum Schutz des Getesteten

[Rz 110] Gestützt auf den Test kann bei positivem Ergebnis das Verhalten des HIV-Infizierten geändert und eine Therapie vorgenommen werden. Spätestens bei Verhaltensänderungen und Therapievorname muss der Patient informiert werden, da diese nicht heimlich vorgenommen werden können. Dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten ist mehr Gewicht beizumessen als dem – objektiv betrachtet – besten Interesse des Patienten. Unter Berücksichtigung, dass ohne die Einwilligung des Patienten gar keine Therapie vorgenommen werden kann, ist die heimliche Vornahme des HIV-Tests auch aus medizinischer Sicht nicht geeignet¹³¹, geschweige denn verhältnismässig i.e.S. Die gleiche Ansicht wird mit ähnlicher Argumentation von ZENGER geteilt¹³².

(2) Heimlicher Test zum Schutz der öffentlichen Gesundheit

[Rz 111] Wie beschrieben vermag der HIV-Test als solcher die Ansteckungsgefahr nicht zu verhindern. Das systematische Screening bestimmter Bevölkerungsgruppen ist untersagt¹³³. Es ist zur Erreichung der Zielsetzung wenig geeignet und auf jeden Fall unverhältnismässig i.e.S. Zum gleichen Resultat führte 1991 auch die Argumentation ZENGER¹³⁴.

(3) Heimlicher Test zum Schutz von Drittpersonen

[Rz 112] ZENGER argumentiert, dass selbst dann, wenn ein Test durchgeführt würde, Ärzteschaft und Pflegepersonal nicht die nötigen Schutzmassnahmen anwenden würden und dass die falsch-negative Rate erheblich sei, sodass die persönliche Freiheit bzw. die Interessen des Patienten den Schutzgedanken überwiegen würden¹³⁵. Der Argumentation von ZENGER ist aus heutiger Sicht zu widersprechen: Für die Ärzteschaft und das Pflegepersonal gilt bei der Arbeit im Labor wie auch beim direkten Patientenkontakt der Grundsatz, dass jede Körperflüssigkeit – und damit auch Blut – infektiös ist, solange nicht das Gegenteil bewiesen ist. Demnach ist der heimliche Test kein geeigneter bzw. notwendiger Schutz. Somit fällt die Argumentation anders aus als bei ZENGER, jedoch ist das Resultat dasselbe.

[Rz 113] Gemäss den Ausführungen ZENGERs müssen folgende Minimalvoraussetzungen gegeben sein, damit die Interessen an einem HIV-Test überwiegen:

- Es müssen konkrete Anhaltspunkte für den nahen Verdacht einer HIV-Infektion der Testperson vorliegen,
- es muss eine konkrete und aktuelle Ansteckungsgefahr bestehen,
- der Partner muss mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit selbst seronegativ sein,
- der Arzt hat den Patienten vergeblich zu überzeugen versucht, sich testen zu lassen und die notwendigen Schritte zum Schutz der Infektionsübertragung vorzunehmen.

[Rz 114] Als Gründe für die beschriebenen Restriktionen bei der Durchführung des Tests nennt er, dass die Stop-Aids-Kampagnen mit ihrem Erfolg mit dem individuellen Wissen um ein positives Testergebnis gleichwertig seien¹³⁶. Dem ist nach unserer Ansicht zu widersprechen: Die Stop-Aids-Kampagnen vermögen einen HIV-Test nicht zu ersetzen oder gleiche Wirkungen zu entfalten wie ein individuelles positives Testergebnis. Ansonsten kann den aufgeführten Voraussetzungen von ZENGER jedoch gefolgt werden.

[Rz 115] Gem. Art. 18 der Arzneimittel-Bewilligungsverordnung i.V.m. Art. 25 der Verordnung über die Kontrolle von Transplantaten besteht eine Pflicht, bei Blutspenden und Transplantationen einen HIV-Test durchzuführen. HIV-Tests sind insofern unproblematisch, da sie zwar bei der Spende obligatorisch sind, aber die Spende selbst freiwillig ist¹³⁷.

[Rz 116] Beginnen die Rechte auf Leben und Integrität mit der Geburt oder bereits vorher? Die Bundesverfassung lässt diese Frage offen¹³⁸. Dies wird auch von einem Grossteil der Lehre vertreten, wohingegen vereinzelt angenommen wird, dass Ungeborene die gleichen Lebens- und Integritätsrechte wie Geborene haben¹³⁹. Einige Autoren plädieren für einen bedingten oder relativen Schutz des Embryos ab der Zeugung¹⁴⁰. Letzterer Ansicht soll gefolgt werden: Bereits der Nasciturus untersteht dem bedingten Recht auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 119 Abs. 2 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 BV¹⁴¹. Die Fachkommission Klinik und Therapie HIV/Aids (FKT) empfiehlt 2003 im BAG-Bulletin die HIV-Testung während der Schwangerschaft; dies jedoch mit vorheriger Einwilligung der Mutter¹⁴². Diesem Ansatz ist grundsätzlich

¹³¹ Interview vom 28. März 2011 mit Prof. Dr. med. RAINER WEBER.

¹³² Vgl. GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 108 f.

¹³³ Botschaft zum Epidemiengesetz, S. 415.

¹³⁴ Vgl. GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 110 ff.

¹³⁵ Vgl. GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 112.

¹³⁶ Vgl. GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 115 ff.

¹³⁷ Vgl. GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 119.

¹³⁸ RÜTSCH: Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, S. 242.

¹³⁹ RÜTSCH: Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, S. 242, m.w.H.

¹⁴⁰ RÜTSCH: Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, S. 242, m.w.H.

¹⁴¹ SCHWEIZER: St. Galler Kommentar zu Art. 10 BV, Rz. 17; WEBER-DÜRLER: Träger der Grundrechte, S. 81; für eine vertiefte und detaillierte Untersuchung der Fragestellung, ab wann die Rechte auf Leben und Integrität beginnen vgl. RÜTSCH: Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, m.w.H.

¹⁴² FKT: HIV-Testung während der Schwangerschaft, S. 152 f.; vgl. auch FKT:

zuzustimmen. Sowohl der Mutter als auch dem ungeborenen Kind stehen die grundrechtlichen Ansprüche zu. Das Interesse der Mutter muss dem (mutmasslichen) Interesse des ungeborenen Kindes gegenübergestellt werden. ZENGER argumentiert, dass dies im konkreten Fall zum Ergebnis führen kann, dass sich eine schwangere Frau einem HIV-Test unterziehen muss, sofern dieser dem Schutz des Fötus» dient bzw. vor einer HIV-Übertragung oder für eine Behandlung als geeignet scheint¹⁴³. Er verneint allerdings, dass die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen. Die diesbezügliche Ausgangslage hat sich allerdings verändert: Aufgrund der Einführung der antiretroviralen Kombinationstherapie während der Schwangerschaft und der Entbindung durch Kaiserschnitt ist die Transmissionsrate von HIV auf weniger als 1% gesunken¹⁴⁴. Somit ist theoretisch im Einzelfall die Durchführung eines HIV-Tests möglich, jedoch nur, wenn die Mutter vorher aufgeklärt wurde und mehrfach – auch anhand von weiteren Beratungs- und Fachpersonen – zu überzeugen versucht wurde, was in der Praxis auch in den schwierigsten Fällen zum Erfolg führt¹⁴⁵. Ohne Aufklärung der Mutter ist auch aus heutiger Sicht noch immer kein HIV-Test möglich.

cc. Zwischenergebnis

[Rz 117] Der heimliche, nicht-anonyme HIV-Test für Behandlungs- und Präventionszwecke ist grundsätzlich nicht möglich. Zwar weicht die Argumentation vielfach von jener Zengers im Jahr 1991 ab. Gleichwohl sind die Ergebnisse – mit einer beschränkten Ausnahme im Hinblick auf den Nasciturus – noch heute dieselben; vor allem deshalb, weil der Grundsatz der Selbstbestimmung des Patienten in den letzten 20 Jahren noch mehr an Geltung gewonnen hat. Demnach liegt das Ergebnis auch nicht an einer «Sonderstellung von HIV/Aids» begründet, sondern im gewandelten Verständnis des Selbstbestimmungsrechts: Ein heimlicher Test wäre deshalb auch bei einer anderen Krankheit, z.B. bei Hepatitis C, nicht zulässig.

c. HIV-Test für epidemiologische Zwecke

aa. Heimlicher, nicht-anonymer HIV-Test

[Rz 118] Wie vorstehend ausgeführt, dürfen keine anonymen systematischen HIV-Tests durchgeführt werden: es fehlt sowohl an der gesetzlichen Grundlage als auch am überwiegenden öffentlichen Interesse.

[Rz 119] Es stellt sich die Frage, ob ein heimlicher, nicht-anonymer systematischer HIV-Test für epidemiologische Zwecke bei Verstorbenen durchgeführt werden kann. Die Grundrechtsfähigkeit eines Menschen erlischt im Zeitpunkt

Der HIV-Test auf Initiative des Arztes, S. 365.

¹⁴³ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 119.

¹⁴⁴ FKT: HIV-Testung während der Schwangerschaft, S. 152.

¹⁴⁵ Interview vom 28. März 2011 mit PROF. DR. MED. RAINER WEBER.

des Todes¹⁴⁶. Jedoch bleibt das aus der persönlichen Freiheit fließende Recht auf Selbstbestimmung über den eigenen toten Körper erhalten¹⁴⁷. Dies schliesst demnach auch den Entschluss darüber ein, ob am Körper ein HIV-Test durchgeführt werden kann. Der HIV-Infizierte muss zu Lebzeiten hierzu eingewilligt haben. Da keine gesetzliche Grundlage vorliegt, wäre ansonsten die persönliche Freiheit gem. Art. 10 Abs. 2 BV verletzt. Diese Ansicht wurde bereits 1991 von ZENGER vertreten¹⁴⁸.

bb. Freiwilliger, nicht-anonymer, systematischer HIV-Test (freiwillige epidemiologische Studien) (1) Merkmale

[Rz 120] Solche freiwilligen Studien sollen Auskunft über die Ausbreitung der HIV-Infektion geben. Im Gegensatz zum Unlinked Testing werden die Studien mit dem Informed Consent der Probanden durchgeführt. Den Probanden können gezielte Fragen gestellt werden; eine wirksame und komplette Fremdanonymisierung wie im Unlinked Testing ist aufgrund der spezifischen Angaben kaum denkbar.

[Rz 121] Tangiertes Grundrecht ist hier weniger die persönliche Freiheit gem. Art. 10 Abs. 2 BV, da der Eingriff in die körperliche Integrität durch die Zustimmung gerechtfertigt wird; es ist vielmehr das Grundrecht auf Datenschutz gem. Art. 13 Abs. 2 BV zu beachten¹⁴⁹, das u.a. in der Datenschutzgesetzgebung konkretisiert wird¹⁵⁰.

(2) Anforderungen im Interesse der Testpersonen

[Rz 122] Zusammengefasst lässt sich sagen, dass ein freiwilliger, nicht-anonymer, systematischer Test möglich ist, wenn die allgemeinen Grundsätze der Aufklärung und Einwilligung eingehalten werden und die Testergebnisse nur für die jeweiligen Studien und deren epidemiologischen Zweck verwendet werden, da die Einwilligung stets spezifisch ist. Diese Grundsätze wurden bereits im Rahmen der Durchführung des HIV-Tests für Behandlungs- und Präventionszwecke erläutert. Für weitere Ausführungen kann auf ZENGER verwiesen werden¹⁵¹.

[Rz 123] Seit den Ausführungen ZENGERs im Jahr 1991 hat die Gesetzesdichte stark zugenommen. Für die Bearbeitung der Daten – wie dies in epidemiologischen Studien regelmässig der Fall ist –, sind zusätzlich die Anforderungen und

Rahmenbedingungen der Datenschutzgesetzgebung zu beachten. Zweck dieser Gesetzgebung ist es, den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte zu gewährleisten (vgl. Art. 1 DSG), was im Folgenden am Beispiel der Normen des eidgenössischen Datenschutzgesetzes (DSG) erläutert wird. Durch dieses sollen nicht Daten geschützt werden, sondern die Persönlichkeit jener Personen, deren Daten bearbeitet werden¹⁵². Die Legaldefinition beschreibt Personendaten gem. Art. 3 lit. a DSG als Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen, wobei Daten über die Gesundheit zu den besonders schützenswerten Personendaten gem. Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSG zählen. Das Gesetz nennt sodann Grundsätze der Informationspflicht (Art. 7a DSG). Ebenfalls besteht ein Auskunftsrecht des Probanden über seine Daten (Art. 8 DSG). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt das Auskunftsrecht im Vergleich zum Akteneinsichtsrecht als umfassend¹⁵³. Die Auskunftsverweigerungsrechte sind in Art. 9 und Art. 10 DSG abschliessend aufgeführt¹⁵⁴. Diese Verweigerungsrechte werden bei einer HIV-infizierten Person jedoch kaum einschlägig sein, sodass die HIV-infizierte Person grundsätzlich von einem Auskunftsrecht ausgehen darf. Somit hat der HIV-Infizierte Anrecht auf Auskunft bezüglich aller über ihn in der Datensammlung vorhandenen Daten gem. Art. 8 Abs. 2 lit. a DSG. Gem. Art. 12 DSG (privatrechtliches Datenschutzrecht) und Art. 19 DSG (öffentlich-rechtliches Datenschutzrecht) braucht es für die Veröffentlichung der Daten grundsätzlich ebenfalls die Einwilligung des Probanden¹⁵⁵.

cc. Heimlicher, anonymer, systematischer HIV-Test (Anonymous Unlinked Testing) (1) Merkmale

[Rz 124] Im Gegensatz zu den freiwilligen epidemiologischen Studien werden die Studien beim Anonymous Unlinked Testing ohne Information und Einwilligung der Probanden durchgeführt. Es werden Reste von Blutproben oder Proben sonstiger Körperflüssigkeiten, die für andere Zwecke entnommen und verwendet wurden, ausgewertet. Alle Angaben, die eine Identifikation erlauben würden, werden entfernt. Gem. ZENGER liegt kein Eingriff in die körperliche Integrität vor, wenn die Probenreste nur zu anderen Zwecken entnommen wurden, da diese nicht mehr als eigentlicher Teil der Person betrachtet werden können¹⁵⁶. Die Entnahme von Körperflüssigkeiten ist als Eingriff in die persönliche Freiheit zu werten – ungeachtet dessen, wofür die Entnahme stattfindet¹⁵⁷. Die Rechtfertigung ergibt sich erst, wenn die Voraussetzungen

¹⁴⁶ BGE 126 I 43, 45; BGE 113 Ia 351, 352.

¹⁴⁷ WEBER-DÜRLER: Träger der Grundrechte, S. 82; HÄFELIN/HALLER/KELLER: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 119; BGE 123 I 112, 118 f.; BGE 98 Ia 508, 522; BGE 111 Ia 231, 233.

¹⁴⁸ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 125 ff.

¹⁴⁹ SCHWEIZER: Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, S. 704.

¹⁵⁰ SCHWEIZER: Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, S. 704.

¹⁵¹ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 129 ff. ZENGER geht detailliert auf die verschiedenen Fragestellungen und Problematiken ein. Beispielsweise legt er den genauen Umfang der Aufklärung dar und befasst sich mit der Regelung und Kontrolle der Durchführung.

¹⁵² Z.B. BSK-MAURER-LAMBROU/KUNZ: Art. 1 DSG, Rz. 3.

¹⁵³ BGE 125 II 321, 324.

¹⁵⁴ BSK-GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU: Art. 8 DSG, Rz. 35.

¹⁵⁵ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz, S. 2144. Es gibt weitere Rechtfertigungsgründe gem. Art. 19 DSG, auf die nicht näher eingegangen werden kann.

¹⁵⁶ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 152.

¹⁵⁷ SCHWEIZER: St. Galler Kommentar zu Art. 10 BV, Rz. 17.

von Art. 36 BV erfüllt sind. Jedoch ist der Eingriff in die körperliche Integrität sicherlich nur als leicht zu qualifizieren¹⁵⁸.

(2) Anforderungen im Interesse der Testperson

[Rz 125] Zu den anonymen Daten und deshalb nicht mehr zu den Personendaten gehören gem. Art. 3 lit. a DSGVO alle Angaben, die sich nicht auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen. Entscheidend ist, dass sich die Angaben nicht mehr einer bestimmten Person zuordnen lassen¹⁵⁹. Bei der Anonymisierung ist darauf zu achten, dass eine «Reidentifikation» ohne unverhältnismässigen Aufwand nicht möglich ist, wobei eine unter allen Umständen gewährleistete Anonymisierung nicht verlangt wird¹⁶⁰. Da ein Eingriff in die persönliche Freiheit gem. Art. 10 Abs. 2 BV zu bejahen ist und vorliegend keine Rechtfertigung durch Einwilligung vorliegt, müssen die Voraussetzungen von Art. 36 BV gegeben sein. Es liegt kein schwerer Eingriff in ein Grundrecht vor, womit eine gesetzliche Grundlage auf Verordnungsstufe gem. Art. 36 Abs. 1 BV genügt. Die Delegationsgrundlage hierfür bildet Art. 22 EpG bzw. Art. 15 rev-EpG. Das öffentliche Interesse überwiegt, da mit Hilfe des Unlinked Testing Informationen über die Verbreitung, Ausbreitungsart und Ausbreitungsgeschwindigkeit der HIV-Infektion gewonnen werden können. Von der Eignung ist auszugehen, da sich die Vorgehensweise als methodisch tauglich ausweist. Ebenfalls wird der Erforderlichkeit genügt, da durch die Anonymisierung der geringstmögliche Eingriff gewahrt ist, um aussagekräftige Prävalenzstudien durchführen zu können. Durch die Pflicht der Einwilligung wären Verzerrungseffekte zu erwarten, da dadurch die statistische Relevanz der Untersuchungen stark beeinträchtigt würde. Die Verhältnismässigkeit i.e.S. ist gewahrt, wenn die Proben wirksam anonymisiert werden. Bei der Datenbearbeitung durch Dritte sind die Rahmenbedingungen von Art. 10a DSGVO zu beachten.

[Rz 126] Bei Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage auf Verordnungsstufe, ist das Anonymous Unlinked Testing somit grundsätzlich zulässig. Zum gleichen Resultat mit ähnlicher und vor allem ausführlicherer Argumentation gelangt auch ZENGER¹⁶¹.

d. Zwischenfazit

[Rz 127] Abschliessend kann festgehalten werden, dass der HIV-Test einen Eingriff in die persönliche Freiheit bzw. körperliche Integrität gem. Art. 10 Abs. 2 BV darstellt und deshalb ein Informed Consent erforderlich ist, um den Test zu rechtfertigen. Findet keine Aufklärung des Arztes gegenüber dem Patienten statt und fehlt es demnach am Informed Consent, müssen die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sein, damit der HIV-Test rechtmässig erscheint.

[Rz 128] Der heimliche, nicht-anonyme HIV-Test für Behandlungs- und Präventionszwecke ist grundsätzlich nicht möglich. Dies liegt jedoch nicht in einer allfälligen «Sonderstellung von HIV/Aids» begründet, da eine solche heute weit weniger zu bejahen wäre als vor zwanzig Jahren. Grund ist vielmehr, dass es nach wie vor an einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage fehlt. Zwar hat die Gesetzesdichte in den letzten Jahren sprunghaft zugenommen, doch betonen sämtliche jüngeren Erlasse das Selbstbestimmungsrecht des Patienten bzw. den Informed Consent sehr stark. Der Arzt hat jedoch die Möglichkeit, wenn der Patient trotz Aufklärung und erheblichem Verdacht auf HIV/Aids keinen HIV-Test durchführen will, keine Schutzmassnahmen vornehmen möchte und auch nicht seine Kontaktpersonen aufklären will, den Amtsarzt bzw. Kantonsarzt zu informieren. Darauf wird nachfolgend bei der Erörterung einer allfälligen Partnernotifikation eingegangen.

[Rz 129] Der HIV-Test für epidemiologische Zwecke ist nur für freiwillige Tests erlaubt oder im Rahmen des Anonymous Unlinked Testing – selbst wenn die Aufklärung unterbleibt –, sofern die Anonymität mit hinreichender Sicherheit gewahrt ist. Die Durchführung des HIV-Tests im Rahmen von heimlichen, nicht-anonymen Tests ist wie vor zwanzig Jahren auch heute rechtlich nicht erlaubt¹⁶².

3. Partnernotifikation: Information von Behörden und Dritten über die Seropositivität eines Patienten

a. Rechtsfragen

[Rz 130] Es ist einerseits zu untersuchen, ob der *Patient* die Pflicht hat, seine Seropositivität Dritten bekannt zu geben, mit denen er so verkehrt, dass diese dem Infektionsrisiko ausgesetzt sind. Andererseits fragt sich, ob der *Arzt*, der bei einem Patienten eine HIV-Infektion feststellt und bei dem er Hinweise darauf hat, dass er durch sein Verhalten die Infektion übertragen könnte, z.B. den Sexualpartner oder Behörden darüber informieren darf bzw. muss.

b. Pflicht des HIV-Infizierten

[Rz 131] Für eine detaillierte Darstellung der Pflichten des HIV-Infizierten kann auf die Erläuterungen im privatrechtlichen Teil verwiesen werden (Teil II Ziff. C.II.), da der HIV-Infizierte gegenüber Dritten (z.B. den Sexualpartnern) in einem privatrechtlichen Verhältnis steht. Vorgehend kann als Resultat festgehalten werden, dass den HIV-Infizierten gegenüber seinem Sexualpartner die Pflicht trifft, ihn aufzuklären, sollte der HIV-Infizierte auf Schutzmassnahmen verzichten wollen, da der Sexualpartner sonst in seiner körperlichen Integrität gem. Art. 28 ZGB verletzt wird.

¹⁵⁸ SCHWEIZER: St. Galler Kommentar zu Art. 10 BV, Rz. 17.

¹⁵⁹ BSK-BELSER: Art. 3 DSGVO, Rz. 5.

¹⁶⁰ BSK-BELSER: Art. 3 DSGVO, Rz. 6.

¹⁶¹ GUILLIOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 151 ff.

¹⁶² Das Unlinked Testing ohne Information und Einwilligung des Patienten ist auch im Lichte von Art. 22 Biomedizinkonvention zu betrachten.

c. Pflicht des Arztes zur direkten Behördennotifikation

aa. Grundsatz

[Rz 132] Ist der Patient HIV-positiv, möchte aber seine(n) Sexualpartner nicht aufklären und auch nichts an seinem Verhalten ändern, sodass diese der möglichen Infizierung durch ihn ausgesetzt sind, fragt es sich, ob der behandelnde Arzt die Information an die Sexualpartner weitergeben darf. Wie erläutert hat der Patient im Rahmen seiner persönlichen Freiheit gem. Art. 10 Abs. 2 BV (i.V.m. Art. 13 Abs. 2 BV) das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Dem Arzt ist es grundsätzlich verwehrt, Angaben über seinen Patienten weiterzugeben, wenn dieser seine entsprechende Zustimmung verweigert.

[Rz 133] Die gleichen Grundsätze lassen sich auch aus Art. 40 lit. f MedBG ableiten. Im Gegensatz zur Standesordnung der FMH bzw. den Leitlinien der SAMW handelt es sich hierbei um Pflichten, die für alle selbständig tätigen Medizinalpersonen gelten und nicht nur für die Mitglieder der betreffenden Berufsorganisation¹⁶³. Die Wahrung des Berufsgeheimnisses gem. Art. 40 lit. f MedBG ist im Lichte von Art. 231 StGB zu deuten¹⁶⁴.

[Rz 134] Das Recht der Selbstbestimmung gem. Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 13 BV ist auch im Datenschutzgesetz geregelt¹⁶⁵. Gem. Art. 3 lit. c DSG umfasst der Anwendungsbereich besonders schützenswerte Personendaten. Dazu gehören auch Daten über die Gesundheit; namentlich auch der Befund der HIV-Seropositivität¹⁶⁶.

[Rz 135] Die gesetzliche Pflicht, dass Dritte nur mit dem Einverständnis der Patienten informiert werden dürfen, findet sich auf kantonaler Stufe. Im Kanton Zürich ist dies beispielsweise in § 15 des Patientinnen- und Patientengesetz (PatG ZH) geregelt.

[Rz 136] Als sog. soft law hat die Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW) Leitlinien für die Medizin erarbeitet. Laut den medizinisch-ethischen Grundsätzen der SAMW zum Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung ist die Respektierung des Willens des urteilsfähigen Patienten zentral und demzufolge das Handeln gegen den erklärten Willen des urteilsfähigen Patienten unzulässig¹⁶⁷.

[Rz 137] Zudem ist das Selbstbestimmungsrecht in Art. 10 der Standesordnung FMH verankert.

[Rz 138] Somit bleibt zu prüfen, ob die von Art. 36 BV geforderten Voraussetzungen für eine heimliche Weitergabe der Daten erfüllt sind und dadurch der Eingriff in die persönliche Freiheit gerechtfertigt werden kann¹⁶⁸.

bb. Gesetzliche Grundlage gem. Art. 36 Abs. 1 BV

[Rz 139] Auf das Epidemiengesetz wurde bereits bei der Abhandlung des HIV-Tests eingegangen¹⁶⁹. Art. 27 EpG regelt die Meldepflicht und Art. 28 Abs. 2 EpG die Informationspflicht des Arztes. Es ist zu untersuchen, in welchem Verhältnis diese beiden Normen zueinander stehen. Aufgrund der Materialien ist davon auszugehen, dass Art. 27 EpG nur für epidemiologische Zwecke gedacht ist und dadurch zur Beantwortung der vorliegenden Fragestellung nicht in Betracht kommt¹⁷⁰. Art. 28 Abs. 2 EpG ist demnach selbständige Bedeutung beizumessen. Zum gleichen Resultat führen auch die detaillierten Erläuterungen von ZENGER¹⁷¹.

[Rz 140] Auf Art. 28 Abs. 2 EpG wurde bereits eingegangen. Diese Norm gibt dem Arzt die Möglichkeit, Massnahmen zu treffen, um die Weiterverbreitung von HIV/Aids zu unterdrücken und die Ansteckungsquelle auszuschalten. Erachtet er behördliche Massnahmen, wie sie in Art. 15 ff. EpG geregelt sind, für notwendig, hat er dies dem zuständigen Amtsarzt bzw. Kantonsarzt zu melden. Diese Meldungen können nicht anonym erfolgen, da sonst der Amtsarzt bzw. Kantonsarzt die entsprechenden Massnahmen nicht einleiten könnte. Der Amtsarzt bzw. Kantonsarzt hat sodann die Möglichkeit, Massnahmen gem. Art. 15 ff. EpG anzuordnen.

[Rz 141] Art. 28 Abs. 2 EpG statuiert einen ausdrücklichen ärztlichen *Meldeauftrag*. Laut der Botschaft ist dies insbesondere dann einschlägig, wenn der behandelnde Arzt dies für notwendig erachtet, weil er beispielsweise beim Patienten auf Widerstand stösst¹⁷². Demnach hat der behandelnde Arzt zuerst den HIV-Patienten über die Krankheit aufzuklären und zu versuchen, diesen zu überzeugen, sich gegenüber Drittpersonen so zu verhalten, dass eine Infektion nicht möglich ist. Stösst er auf Widerstand, hat er die Berechtigung bzw. die Pflicht, dies gem. Art. 28 Abs. 2 EpG dem Amtsarzt bzw. Kantonsarzt zu melden. Diese Vorgehensweise ist auch in der Zukunft in Art. 39 rev-EpG verankert. Mit der Problematik des Datenschutzes bzw. des Arztgeheimnisses hat sich die Botschaft eingehend auseinandergesetzt. Demnach gibt der Arzt sensitive Informationen an den Amtsarzt bzw. Kan-

¹⁶³ Z.B. Botschaft zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe, S. 228.

¹⁶⁴ Z.B. MARTI/STRAUB: Arzt und Berufsrecht, S. 250.

¹⁶⁵ BSK-MAURER-LAMBROU/KUNZ: Art. 1 DSG, Rz. 17.

¹⁶⁶ BSK-BELSER: Art. 3 DSG, Rz. 10. BELSER weist ausdrücklich darauf hin, dass der Befund der HIV-Positivität im Vergleich zu anderen Gesundheitsdaten wie z.B. der Diagnose der Kurzsichtigkeit besonders schützenswert erscheint.

¹⁶⁷ SAMW: Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, S. 3.

¹⁶⁸ Für das grundsätzliche Verbot und mögliche Rechtfertigungsgründe im Privatrecht und Strafrecht vgl. die Erörterungen im zivil- bzw. im strafrechtlichen Teil.

¹⁶⁹ Vgl. Teil II Ziff. C.I.1.

¹⁷⁰ Botschaft zum Epidemiengesetz, S. 390 f., 420 f.; vgl. zur Konkretisierung von Art. 27 EpG auch die Verordnung über die Meldung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Melde-Verordnung); POLEDNA/BERGER: Öffentliches Gesundheitsrecht, S. 142.

¹⁷¹ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 46 ff.

¹⁷² Botschaft zum Epidemiengesetz, S. 421.

tonsarzt weiter, indem er die Namen der Kontaktperson bzw. des Patienten ohne oder gegen deren Willen bekannt gibt. Mit seinem ausdrücklichen ärztlichen Meldeauftrag rechtfertigt Art. 28 Abs. 2 EpG (bzw. Art. 39 rev-EpG) jedoch die Durchbrechung des Arztgeheimnisses, welches in den verschiedenen Gesetzen bzw. Richtlinien sowie in der Standesordnung der FMH verankert ist¹⁷³.

[Rz 142] Der Meldeauftrag ist auch in kantonalen Gesetzen verankert. In Zürich ist dies § 15 PatG ZH. Weiter ist der Arzt laut Abs. 4 lit. a PatG ohne Einwilligung und ungeachtet der Schweigepflicht berechtigt, den zuständigen Behörden Wahrnehmungen zu melden, welche auf ein Verbrechen oder Vergehen gegen Leib und Leben, die öffentliche Gesundheit oder die sexuelle Integrität schliessen lassen. Infiziert der Seropositive, obwohl er um das Infektionsrisiko weiss, seinen Sexualpartner, so begeht er grundsätzlich eine schwere Körperverletzung gem. Art. 121 StGB und erfüllt allenfalls den Tatbestand der Verbreitung menschlicher Krankheiten gem. Art. 231 StGB¹⁷⁴. Diese Delikte stellen Verbrechen gegen Leib und Leben bzw. die öffentliche Gesundheit dar, womit § 15 PatG ZH erfüllt ist und eine Meldepflicht an die zuständige Behörde besteht.

cc. Schutz von Grundrechten Dritter (Art. 35 Abs. 2 BV)

[Rz 143] Der Schutz von Grundrechten Dritter vermag die Einschränkung von Grundrechten zu rechtfertigen. Konkretes Ziel ist es, die Freiheit des von der staatlichen Anordnung betroffenen HIV-Infizierten mit der Freiheit des Sexualpartners, der durch die Anordnung geschützt werden soll, in optimaler Weise in Einklang (sog. «praktische Konkordanz») zu bringen¹⁷⁵.

[Rz 144] Weiss der Sexualpartner nicht um die Seropositivität seines Partners und wendet dieser keine Schutzmassnahmen an, besteht Infektionsgefahr. Eine HIV-Infektion ist zwar viel besser therapierbar als noch vor zwanzig Jahren, jedoch sind die Konsequenzen noch immer gravierend. Das Interesse am Schutz der Integrität des betroffenen Sexualpartners ist deshalb zu bejahen.

dd. Verhältnismässigkeit

[Rz 145] Die Verhältnismässigkeit setzt sich aus drei Elementen zusammen: der Eignung der staatlichen Massnahme, der Erforderlichkeit des Eingriffs und der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne (d.h. der Abwägung von öffentlichen bzw. privaten Interessen Dritter und betroffenen privaten Interessen).

[Rz 146] Die Mitteilung an den Dritten über die Seropositivität eines Sexualpartners ist geeignet, dass dieser sich vor einer HIV-Infektion schützen kann und somit seine körperliche

Integrität, die aufgrund von Art. 10 Abs. 2 BV zu schützen ist, nicht gefährdet wird.

[Rz 147] Im Sinne der Erforderlichkeit fragt sich, ob die Behörden- bzw. Partnernotifikation tatsächlich den mildesten Eingriff für die Erreichung des verfolgten Ziels darstellt. Kehrt der HIV-Positive Schutzmassnahmen vor (die Benutzung von Präservativen) oder klärt er von sich aus seinen Sexualpartner über die Krankheit auf, würde das Ziel erreicht werden und eine Verletzung von Art. 10 Abs. 2 BV würde entfallen. Somit besteht das mildere und damit zunächst zu ergreifende Mittel darin, den HIV-Patienten zu überzeugen, Schutzmassnahmen vorzunehmen oder den Sexualpartner aufzuklären. Schlagen entsprechende Versuche fehl (d.h. kann der Arzt nicht darauf vertrauen, dass der Patient die Schutzmassnahmen vornimmt oder wehrt sich der Patient gegen eine Aufklärung seines Sexualpartners), verbleibt als mildeste Massnahme, den Amtsarzt bzw. Kantonsarzt über die Seropositivität zu informieren, damit dieser weitere Massnahmen ergreifen kann, um die Gesundheit des Sexualpartners zu schützen.

[Rz 148] ZENGER zeigt bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit i.e.S. treffend auf, dass das existentielle Interesse auf Leben und Gesundheit abstrakt viel schwerer wiegt als das Interesse der Geheimhaltung, Selbstdarstellung und Interaktion¹⁷⁶. Auch heute kann die Verhältnismässigkeit bejaht werden, wenn der HIV-Infizierte seine Sexualpartner nicht aufklären möchte und auch keine Schutzmassnahmen vorzulegen will.

ee. Absoluter Schutz des Kerngehalts

[Rz 149] Laut Art. 36 Abs. 4 BV ist der Kerngehalt der Grundrechte unantastbar. Kerngehalt von Art. 10 BV ist das Verbot der Folter sowie unmenschliche Behandlung¹⁷⁷. Für die Konkretisierung des Kerngehalts ist auch Art. 7 BV heranzuziehen¹⁷⁸. Der Anspruch, seine Seropositivität grundsätzlich verschweigen zu dürfen, zählt nicht zum Kerngehalt, d.h. die Behörden- und Partnernotifikation verletzt den Kerngehalt nicht.

d. Direkte Partnernotifikation

[Rz 150] Weder das geltende Epidemiengesetz noch das totalrevidierte Epidemiengesetz enthalten eine gesetzliche Grundlage, die es dem Arzt erlauben würde, eine Kontaktperson eines seropositiven Patienten über dessen HIV-Status zu informieren. Dies ist auch ausdrücklich in der BOTSCHAFT statuiert, wonach im Rahmen von Art. 39 rev-EpG dem Arzt, abgesehen von der Meldepflicht an den Amtsarzt bzw. Kantonsarzt, keine besondere Befugnis oder Pflicht zur

¹⁷³ Botschaft zur Revision des Epidemiengesetzes, S. 391.

¹⁷⁴ Vgl. den strafrechtlichen Teil für eine detaillierte Erörterung gem. Teil II Ziff. C.III.

¹⁷⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 104.

¹⁷⁶ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 65.

¹⁷⁷ MÜLLER/SCHÉFER: Grundrechte in der Schweiz, S. 57.

¹⁷⁸ HÄFELIN/HALLER/KELLER: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 106.

Information Dritter zukommt¹⁷⁹. ZENGER kommt diesbezüglich zu den gleichen Schlüssen¹⁸⁰.

[Rz 151] Die Rechtsgüter «Leben und Gesundheit Dritter» werden insbesondere durch das Strafrecht und durch den Persönlichkeitsschutz des Privatrechts geschützt. Inwiefern sich daraus die Pflicht zur Information Dritter ergibt, wird in den straf- und zivilrechtlichen Teilen ausgeführt¹⁸¹.

4. Contact Tracing

a. Rechtsfragen

[Rz 152] Beim Contact Tracing nennt der HIV-Infizierte dem Arzt freiwillig die Namen seiner Partner, die er möglicherweise durch sein Verhalten mit HIV angesteckt hat. Entweder gibt der Arzt dann die Kontaktdaten der Sexualpartner mit Einwilligung des HIV-Patienten an den Amtsarzt bzw. Kantonsarzt weiter oder er macht dies ohne Einwilligung seines HIV-Patienten. Der Amtsarzt bzw. Kantonsarzt nimmt mit den betreffenden Personen Kontakt auf und bittet sie, sich einem Arzt anzuvertrauen, die notwendigen Vorsichtsmassnahmen vorzukehren oder einen HIV-Test durchführen zu lassen. Das Contact Tracing kann für verschiedene Zwecke eingesetzt werden: Es ist eine individuelle Kontaktierung von Betroffenen möglich (Ansteckungsverhütung), aber auch eine epidemiologische Verfolgung ist denkbar.

[Rz 153] Hat der Patient nicht in die Weitergabe seiner potentiell angesteckten Partner an den Amtsarzt bzw. Kantonsarzt eingewilligt, stellt sich wiederum das Problem der Geheimhaltungspflicht des Arztes. Aus verfassungsrechtlicher Sicht soll untersucht werden, ob der Arzt zur Meldung an den zuständigen Amtsarzt bzw. Kantonsarzt verpflichtet oder befugt ist, wenn der Patient seine informierte Einwilligung nicht gegeben hat.

b. Contact Tracing zum Zweck der direkten Ansteckungsverhütung

[Rz 154] Unter welchen Voraussetzungen der Arzt ohne Wissen oder Einwilligung seines HIV-Patienten gem. Art. 28 Abs. 2 EpG bzw. Art. 39 rev-EpG zur Meldung an den Amtsarzt bzw. Kantonsarzt verpflichtet ist, ohne dass dieser in seiner persönliche Freiheit gem. Art. 10 Abs. 2 BV verletzt wird, wurde bereits ausgeführt¹⁸². Es stellt sich nunmehr die Frage, ob der Amtsarzt bzw. der Kantonsarzt die Kontaktpersonen nicht nur aufklären sondern ihnen auch Massnahmen empfehlen darf. Diese Frage ist im Epidemiengesetz (Art. 15 ff. EpG bzw. Art. 33 ff. rev-EpG) nicht ausdrücklich geregelt. Der Bundesrat führt in der BOTSCHAFT zu Art. 33 rev-EpG allerdings aus, dass es beim Contact Tracing notwendig ist, «die möglicherweise infizierten Kontaktpersonen zu eruieren

und zu kontaktieren, damit weitere Massnahmen, wie die Empfehlung bestimmter Verhaltensweisen, eine postexpositionelle Prophylaxe, die ärztliche Untersuchung [...] durchgeführt werden können»¹⁸³. Somit darf der Amtsarzt- bzw. Kontaktarzt neben der Aufklärung den Kontaktpersonen auch Massnahmen vorschlagen.

[Rz 155] In der BOTSCHAFT wird auch der Ablauf des Kontaktmanagements beschrieben. Demnach muss der HIV-Infizierte durch den behandelnden Arzt im Sinne einer Meldepflicht gem. Art. 39 EpG dem Amtsarzt bzw. Kantonsarzt gemeldet werden. Der Amtsarzt bzw. Kantonsarzt erstellt mittels Befragung der betroffenen Person anhand eines Kontaktformulars eine Liste der Kontakte. Die Kontaktpersonen werden dann durch den Amtsarzt bzw. Kantonsarzt kontaktiert und instruiert.¹⁸⁴

c. Contact Tracing für epidemiologische Zwecke

[Rz 156] Wie bereits 1991 von ZENGER ausgeführt, fehlt auch heute noch eine gesetzliche Grundlage, die den Arzt ermächtigen oder dem Amtsarzt bzw. Kantonsarzt die Befugnis verleihen würde, das systematische Contact Tracing zum Zweck direkter Ansteckungsverhütung oder für epidemiologische Zwecke durchzuführen. Für weitere Erläuterungen hierzu kann auf die nach wie vor einschlägigen Ausführungen von ZENGER verwiesen werden¹⁸⁵.

5. Fazit des öffentlich-rechtlichen Teils

[Rz 157] Der HIV-Test stellt einen Eingriff in die persönliche Freiheit bzw. die körperliche Integrität gem. Art. 10 Abs. 2 BV. Ein Informed Consent ist notwendig, um den Test zu rechtfertigen. Findet keine Aufklärung des Arztes gegenüber dem Patienten statt und fehlt es in der Folge an einem Informed Consent, müssen die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sein, damit der HIV-Test rechtmässig durchgeführt werden kann. Der heimliche, nicht-anonyme HIV-Test für Behandlungs- und Präventionszwecke ist grundsätzlich nicht möglich. Dies liegt jedoch nicht an der Sonderstellung von HIV/Aids, sondern an der hierfür nach wie vor fehlenden gesetzlichen Grundlage. Die Gesetzesdichte und auch die Richtlinien haben seit 1991 zwar stark zugenommen, jedoch wird auch in den neueren Gesetzen bzw. Richtlinien (MedBG, Standesordnung FMH, Richtlinien der SAMW, DSG etc.) das Selbstbestimmungsrecht betont. Der HIV-Test für epidemiologische Zwecke ist nur für freiwillige Tests erlaubt oder im Rahmen des Anonymous Unlinked Testing – selbst wenn die Aufklärung unterbleibt – sofern die Anonymität sicher gewahrt ist. Die Durchführung des HIV-Tests im Rahmen von heimlichen, nicht-anonymen Tests ist wie vor zwanzig Jahren auch heute unzulässig.

¹⁷⁹ Botschaft zum revidierten Epidemiengesetz, S. 391.

¹⁸⁰ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 67 f.

¹⁸¹ Vgl. Teil II Ziff. C.II. und Ziff. C.III.

¹⁸² Vgl. Teil II Ziff. C.I.2.a.bb.

¹⁸³ Botschaft zum revidierten Epidemiengesetz, S. 387.

¹⁸⁴ Botschaft zum revidierten Epidemiengesetz, S. 388.

¹⁸⁵ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 85 ff.

[Rz 158] Die Partnernotifikation soll dazu dienen, Kontaktpersonen des HIV-Infizierten über die Infektion des Seropositiven zu informieren, damit sie Schutzmassnahmen vornehmen können. Da die Partnernotifikation ebenfalls einen Eingriff in die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) des HIV-Infizierten darstellt, müssen zuerst mildere Massnahmen ergriffen werden. Namentlich hat der Arzt den HIV-Infizierten zuerst darüber zu informieren, dass er gegenüber seinen Kontaktpersonen Schutzmassnahmen vornehmen muss, damit diese nicht infiziert werden. Verweigert der HIV-Positive dies, muss der Arzt in einem zweiten Schritt den Patienten zu überzeugen versuchen, dass dieser seine Kontaktpersonen über die Krankheit informiert, damit sich diese entsprechend schützen können. Verweigert der HIV-Infizierte auch dieses Vorgehen, hat der behandelnde Arzt die Pflicht, den Amtsarzt bzw. Kantonsarzt gem. Art. 28 Abs. 2 EpG bzw. Art. 39 rev-EpG zu informieren, damit dieser weitere Massnahmen einleiten kann. Dem behandelnden Arzt ist es verwehrt, die Kontaktpersonen des HIV-Patienten direkt zu informieren. Gesetzlich vorgesehen ist einzig die Behördennotifikation.

[Rz 159] Das Contact Tracing zum Zweck der direkten Ansteckungsverhütung ist möglich, wenn keine mildereren Massnahmen greifen. Im Rahmen der Durchführung des HIV-Tests für epidemiologische Zwecke bleibt das Contact Tracing jedoch untersagt.

[Rz 160] Die Ergebnisse bzgl. der allgemeinen Fragen zum HIV-Test sind damit im Grundsatz gleich zu beantworten wie im Jahr 1991. Festzuhalten bleibt, dass dies nicht an der Krankheit HIV/Aids als solcher liegt, da sie heute nur noch in sehr beschränktem Umfang eine Sonderstellung genießt und mit anderen chronischen Krankheiten verglichen werden kann, sondern an der Gesetzeslage und der weiter ausgebauten Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts der Patienten.

II. Privatrechtlicher Teil

1. Rechtsgrundlagen im Rahmen von HIV/Aids

[Rz 161] Im Zentrum steht das Persönlichkeitsrecht gem. Art. 28 ZGB. Da die Rechtsbeziehung zwischen Patient und

Arzt als Auftrag zu qualifizieren ist, kommen Art. 394 ff. OR ebenfalls in Betracht. Wie im öffentlichen Recht (des Bundes) gilt auch im Privatrecht seit 1994 gem. Art. 2 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 1 DSG das Datenschutzgesetz. Grundsätzlich werden die gleichen Rechtsgüter wie diejenigen von Art. 28 ZGB geschützt: die Persönlichkeitsrechte¹⁸⁶.

[Rz 162] Das Medizinalberufegesetz, welches seit 2007 in Kraft steht, hat gem. Art. 1 Abs. 1 MedBG den Zweck, im Interesse der öffentlichen Gesundheit die Berufsausübung der Fachpersonen im Bereich der Humanmedizin zu regeln. Die darin statuierten Pflichten der (selbständigen) Medizinalpersonen überlagern und modifizieren teilweise das private Auftragsrecht, weshalb auch das MedBG einschlägig ist.

[Rz 163] Von Relevanz kann auch die sog. indirekte Horizontalwirkung bzw. die indirekte Drittwirkung der Grundrechte sein (Art. 35 Abs. 3 BV). Die Grundrechte der Bundesverfassung sollen in der ganzen Rechtsordnung, d.h. auch im Privatrecht, zur Geltung kommen, soweit sie sich dazu eignen¹⁸⁷. Insbesondere sind die Grundrechte beim Persönlichkeitsrecht gem. Art. 27 ff. ZGB zu berücksichtigen¹⁸⁸.

[Rz 164] Weiter zu beachten ist die Standesordnung der FMH. Die FMH ist als Verein ausgestaltet. Für die Mitglieder bildet die Standesordnung zwingendes Recht¹⁸⁹. Ebenfalls von Bedeutung sind hier die ethisch-medizinischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie für medizinische Wissenschaften (SAMW)¹⁹⁰. Auch im Privatrecht hat somit die Gesetzesdichte im Bereich des Medizinrechts seit 1991 zugenommen¹⁹¹. Die Konsequenzen für die Fragestellungen sind nachfolgend zu untersuchen.

2. HIV-Test

a. HIV-Test als Verletzung des Persönlichkeitsrechts (Art. 28 ZGB)

aa. Persönlichkeitsschutz im Allgemeinen

[Rz 165] Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz ist in erster Linie in Art. 28 ZGB geregelt. Der Persönlichkeitsschutz ist zivilrechtlich mit dem Grundrecht der persönlichen Freiheit gem. Art. 10 Abs. 2 BV vergleichbar¹⁹². Das Charakteristische der Persönlichkeitsrechten besteht darin, dass sie nicht vermögensrechtlicher Natur und damit (relativ) höchstpersönlich sind, d.h. eine unverzichtbare Anknüpfung bei der Person ihres Trägers haben und auch von Minderjährigen ausgeübt werden können, sofern diese urteilsfähig

¹⁸⁶ BSK-MAURER-LAMBROU/KUNZ: Art. 1 DSG, Rz. 8 ff.

¹⁸⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 89 ff.

¹⁸⁸ KRAMER: Juristische Methodenlehre, S. 92.

¹⁸⁹ MARTI/STRAUB: Arzt und Berufsrecht, S. 252; vgl. auch die Ausführungen im öffentlich-rechtlichen Teil gem. Teil II Ziff. C.I.1.

¹⁹⁰ Vgl. die Ausführungen im öffentlich-rechtlichen Teil gem. Teil II Ziff. C.I.1.

¹⁹¹ Ähnlich auch die Lage im öffentlichen Recht, vgl. Teil II Ziff. C.I.1.

¹⁹² TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, S. 99.

sind¹⁹³. Weiter sind die Persönlichkeitsrechte unverjährbar und grundsätzlich unübertragbar, weshalb sie auch mit dem Tod erlöschen. Es existiert kein eigentlicher postmortaler Persönlichkeitsschutz¹⁹⁴.

[Rz 166] Art. 28 ZGB schützt die Person vor persönlichkeitsverletzenden Handlungen durch Dritte¹⁹⁵. Gem. Art. 28 Abs. 1 ZGB kann jeder, der in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen.

[Rz 167] HAUSHEER/AEBI-MÜLLER definieren die Persönlichkeitsrechte in klassischer Weise als diejenigen Rechte, «die dem Einzelnen um seiner selbst willen zustehen und die untrennbar mit seiner Person verknüpft sind»¹⁹⁶. TUOR ET AL. definieren die Persönlichkeitsrechte als «alle Eigenschaften und Rechte, die der Person als solcher zustehen [...] die Rechte, die untrennbar mit der Person verknüpft sind»¹⁹⁷. Diese Umschreibungen versuchen, die Generalklausel zu erklären, lassen sich aber nicht auf bestimmte Persönlichkeitsgüter beschränken¹⁹⁸. In der Praxis haben sich unterschiedliche Persönlichkeitsbereiche herausgebildet; zu diesen gehört z.B. das hier einschlägige Persönlichkeitsrecht der physischen und psychischen Integrität¹⁹⁹.

[Rz 168] Lehre und Bundesgericht haben die Dreisphärentheorie entwickelt. Nach dieser wird der gesamte Lebensbereich eines Menschen dreigeteilt, und zwar in einen Geheim-, einen Privat- und einen Gemeinbereich²⁰⁰. Der Geheim- oder Intimbereich umfasst «diejenigen Lebensvorgänge, die eine Person der Wahrnehmung und dem Wissen aller Mitmenschen entziehen bzw. nur mit ganz bestimmten anderen Menschen teilen will»²⁰¹. Die Information über den Gesundheitszustand sowie die Verbreitung dieser Information gehört zum Intim- bzw. Geheimbereich des Patienten²⁰². Eine Missachtung dieses Schutzbereiches bedeutet eine Persönlichkeitsverletzung²⁰³. Die ärztliche Behandlung verletzt sodann

die physische Persönlichkeit des Patienten und stellt somit eine Persönlichkeitsverletzung dar²⁰⁴.

[Rz 169] Grundsätzlich ist jede Persönlichkeitsverletzung widerrechtlich, sofern kein Rechtfertigungsgrund gem. Art. 28 Abs. 2 ZGB gegeben ist²⁰⁵. Als Rechtfertigungsgründe kommen Einwilligung des Patienten²⁰⁶, ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder eine gesetzliche Grundlage in Frage. Diese Grundsätze standen bereits 1991 fest²⁰⁷.

bb. Persönlichkeitsschutz und HIV-Test

[Rz 170] GUILLOD nennt drei Ebenen, auf welchen der HIV-Test die Persönlichkeit verletzt: Zunächst den Akt der Blutentnahme, zweitens die Analyse der Blutprobe des Patienten und schliesslich durch die Mitteilung des positiven Ergebnisses an den Patienten²⁰⁸. In der Tat stellt die Blutentnahme eine Persönlichkeitsverletzung dar, da in die physische Persönlichkeit eingegriffen (d.h. mit einer Nadel in die Vene gestochen und von dieser Blut entnommen) wird. Ebenso ist die Analyse der Blutprobe eine Verletzung der Persönlichkeit des Patienten, da es sein Blut ist und dieses anhand von verschiedenen Testverfahren (z.B. bei der PCR wird die DNA vervielfältigt) untersucht wird. Gem. GUILLOD ist die Mitteilung der Seropositivität vom Arzt an seinen Patienten als Eingriff in die psychische Integrität zu verstehen, da aufgrund der Unheilbarkeit der Krankheit die Mitteilung beim Patienten starke Gefühle wie z.B. Depressionen oder Aggressivität auslösen kann²⁰⁹. Nach dem heutigen Stand der Medizin ist HIV/Aids allerdings therapierbar, wenn auch nicht heilbar. Noch immer kann der Patient der Krankheit mit Aggressionen oder Depressionen begegnen, aber dies wird im Regelfall nicht die Schranke zum psychischen Schmerz gem. Art. 28 ZGB erreichen²¹⁰. Vor allem aber ist mit dem Argument der Persönlichkeitsverletzung durch Mitteilung des positiven Befundes Zurückhaltung geboten, da ansonsten der Arzt willkürlich entscheiden könnte, ob er dem Patienten den Befund mitteilen möchte, und sich jederzeit darauf berufen könnte, dass bei einer Aufklärung der Patient in seiner psychischen

¹⁹³ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, S. 128 f.

¹⁹⁴ CHK-AEBI-MÜLLER: Art. 28 ZGB, Rz. 8.

¹⁹⁵ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, S. 164; BRÜCKNER: Das Personenrecht des ZGB, S. 111.

¹⁹⁶ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, S. 124.

¹⁹⁷ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, S. 99.

¹⁹⁸ BRÜCKNER: Das Personenrecht des ZGB, S. 112; AEBI-MÜLLER: Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, S. 18.

¹⁹⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, S. 124.

²⁰⁰ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, S. 197; BSK-MEILI: Art. 28 ZGB, Rz. 23 ff.

²⁰¹ BGE 118 IV 41, 45.

²⁰² BSK-MEILI: Art. 28 ZGB, Rz. 17, HAUSHEER/AEBI-MÜLLER: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, S. 198.

²⁰³ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER: Das Personenrecht des Schweizerischen

Zivilgesetzbuches, S. 195.

²⁰⁴ BSK-MEILI: Art. 28 ZGB, Rz. 17, 25; CHK-AEBI-MÜLLER: Art. 28 ZGB, Rz. 12.

²⁰⁵ BSK-MEILI: Art. 28 ZGB, Rz. 45.

²⁰⁶ Nach h.L. ist davon auszugehen, dass die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund und nicht als Tatbestandsausschluss zu verstehen ist. Zu den verschiedenen Lehrmeinungen vgl. AEBI-MÜLLER: Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, S. 93 m.w.H.

²⁰⁷ Für genauere Ausführungen vgl. GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 243 ff.

²⁰⁸ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 283.

²⁰⁹ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 286 f.

²¹⁰ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, S. 183.

Integrität verletzt sein könnte. Damit würde das Informed-Consent-Prinzip ausgehöhlt²¹¹.

cc. Informed Consent

[Rz 171] Beim HIV-Test handelt es sich um einen Eingriff in den Intimbereich des Menschen, womit eine Persönlichkeitsverletzung gem. Art. 28 ZGB gegeben ist. Wie erläutert ist dies ein höchstpersönliches Recht, womit die Urteilsfähigkeit als Voraussetzung für die Einwilligung ausreicht. Die Mündigkeit ist nicht erforderlich.

[Rz 172] Laut der Ansicht GUILLODS ist die Durchführung des HIV-Tests nicht durch die Einwilligung in eine Routineuntersuchung bzw. durch die Blankett-Einwilligung gedeckt²¹². Als Gründe zählt GUILLOD auf, dass HIV/Aids eine Krankheit mit vielen Besonderheiten ist (Unheilbarkeit, sexuelle Übertragung, Machtlosigkeit der Medizin). Des Weiteren sei es dem Patienten – kommt er beispielsweise aufgrund einer Blinddarmentzündung ins Spital – nicht zumutbar, mit einem HIV-Test zu rechnen. Zudem könne die Mitteilung der Seropositivität beim Patienten grosse psychische Leiden auslösen. Als letzten Grund führt er schliesslich an, dass HIV/Aids eine neue Krankheit sei, was 1991 durchaus zutraf.

[Rz 173] Die heutige Stellungnahme zu diesen aufgezählten Gründen wurde bereits im Medizinteil und öffentlich-rechtlichen Teil erörtert²¹³. Es lässt sich zusammenfassend sagen, dass es andere Krankheiten gibt, die sich ebenfalls auf sexuellem Wege übertragen, HIV/Aids heute durchaus therapierbar ist, die Untersuchung dem Patienten gut bekannt ist und die psychischen Leiden nicht grösser als bei anderen (chronischen) Krankheiten sind. Trotzdem ist auch heute der Patient grundsätzlich über die Durchführung des HIV-Tests zu informieren. Dies deshalb, weil es die Routineuntersuchung als solches heute kaum mehr gibt und selbst bei einer Routineuntersuchung die Einwilligung zu den relevanten Tests, zu denen auch der HIV-Test aufgrund der nach wie vor erheblichen Konsequenzen eines positiven Resultats gehört, beim Patienten eingeholt werden muss. Gleiches würde für Tests von anderen schweren Krankheiten gelten, z.B. Hepatitis C²¹⁴. Die Selbstbestimmung des Patienten muss gewahrt werden²¹⁵.

[Rz 174] Die stillschweigende Einwilligung ist gem. GUILLOD nur möglich, wenn die medizinische Untersuchung dem Patienten bekannt oder für ihn erkennbar ist und er sich nicht dagegen wehrt²¹⁶. Dieser Argumentation ist auch heute noch zu folgen. GUILLOD sieht jedoch eine Ausnahme vor: Vermutet der Patient eine HIV/Aids-Erkrankung und weist er die entsprechenden Symptome auf, kann nach seiner Ansicht von einer stillschweigenden Einwilligung ausgegangen werden²¹⁷. Dieses Vorgehen ist allerdings mit Vorsicht zu behandeln. Rein dogmatisch und theoretisch ist der Argumentation von GUILLOD zuzustimmen, jedoch ist sie in der Praxis kaum umsetzbar: Eine gewisse Unsicherheit bleibt immer; insbesondere im Hinblick auf die Tatsache, dass Patienten unterschiedlichste medizinische Vorkenntnisse haben. Um Missverständnisse zu vermeiden, ist es am einfachsten, den Patienten aufzuklären²¹⁸.

[Rz 175] Kann die Einwilligung nicht rechtzeitig eingeholt werden, hat sich der Arzt auf die mutmassliche Einwilligung abstützen²¹⁹. Gründe hierfür können habituelle (z.B. Demenzerkrankung oder Kleinkindalter) oder kasuelle (z.B. Bewusstlosigkeit) Urteilsunfähigkeit sein. Insbesondere bei der kasuellen Urteilsunfähigkeit oder bei bestimmten Arten der habituellen Urteilsunfähigkeit (z.B. Demenzerkrankung) ist dies nicht möglich (was insbesondere bei habitueller Urteilsunfähigkeit regelmässig der Fall ist). Diesfalls tritt die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters an die Stelle des Urteilsfähigen. Bei einem Notfall ist die mutmassliche Einwilligung anstelle einer tatsächlichen Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ausschlaggebend. Beizufügen bleibt, dass glaubwürdige Aussagen von Nahestehenden des Betroffenen ein grosses Gewicht haben, jedoch diese Personen über keine Vertretungsmacht verfügen.²²⁰

b. Heimlicher, nicht-anonymer HIV-Test für Behandlungs- und Präventionszweck

aa. Rechtsfragen

[Rz 176] Der heimliche, nicht-anonyme HIV-Test stellt eine Persönlichkeitsverletzung dar. Wie erwähnt kann die Einwilligung des Patienten gem. Art. 28 Abs. 2 ZGB eine solche Persönlichkeitsverletzung rechtfertigen. Soll jedoch der Arzt ohne Wissen des Patienten den HIV-Test durchführen, so ist zu prüfen, ob ein überwiegendes privates oder öffentliches

²¹¹ In der Praxis kommt es jedoch tatsächlich vor, dass z.B. die Krankheit ALS (amyotrophische Lateralsklerose) dem Patienten selbst dann nicht mitgeteilt wird, wenn die einhellige Meinung der Ärzteschaft besteht, dass diese Krankheit vorliegt. Begründet wird dies damit, dass die Kooperation des Patienten zu stark nachlassen würde und somit die sowieso schon schlechte Prognose beschleunigt würde. Diese Meinung ist jedoch grundsätzlich nicht zu teilen. Auf mögliche Ausnahmen wird beim therapeutischen Privileg im Rahmen der Aufklärung eingegangen. Zum eingehenden Beschrieb der Krankheit vgl. MUMMENTAHLER/MATTLE: Neurologie, S. 375 ff.

²¹² GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 288 f. Zu gleichem Resultat haben bereits die Ausführungen im öffentlich-rechtlichen Teil geführt: vgl. Teil II Ziff. C.I.2.a.bb.

²¹³ Vgl. Teil II Ziff. C.I.2.a.bb.

²¹⁴ Vgl. Teil II Ziff. C.I.2.a.bb.

²¹⁵ AEBI-MÜLLER: Personenbezogene Informationen im System des

zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, S. 92.

²¹⁶ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 290.

²¹⁷ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 290 f.

²¹⁸ Ähnlicher Ansicht auch GUILLOD, vgl. GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 291.

²¹⁹ AEBI-MÜLLER: Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, S. 117 ff.

²²⁰ AEBI-MÜLLER: Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, S. 117 ff.; Vertieft wird diese Problematik im Rahmen der Aufklärung bzw. der Aufklärungsausnahmen in Teil III.

Interesse vorliegt oder eine gesetzliche Grundlage gegeben ist, damit die Persönlichkeitsverletzung gerechtfertigt werden kann.

bb. Überwiegendes privates Interesse (1) HIV/Aids-Infizierter [Rz 177] Im Zusammenhang mit medizinischen Eingriffen wird die Auffassung vertreten, dass die Persönlichkeitsverletzung mit dem eigenen Interesse des Verletzten gerechtfertigt werden könne²²¹. Um dies zu erreichen ist gemäss der Ansicht von AEBI-MÜLLER grundsätzlich der tatsächliche Wille des Betroffenen zu respektieren²²². Damit dies mit Sicherheit erfüllt werden kann, braucht es die Einwilligung des Patienten. Bei fehlender Einwilligung kann nicht mit dem überwiegenden privaten Interesse des Patienten argumentiert werden²²³, was auch GUILLOD²²⁴ bestätigt.

(2) Pflegepersonal und Ärzteschaft

[Rz 178] Die Argumentationen von GUILLOD, dass sich der Arzt z.B. trotz des Wissens um die HIV-Infektion des Patienten nicht genügend schützen würde oder dass der Arzt die Möglichkeit hat, bei Verdacht auf HIV/Aids zum Eigenschutz die Behandlung des Patienten abzulehnen, können keine Begründung für die Ablehnung des überwiegenden privaten Interesses sein²²⁵. Wie im öffentlichen Spital gilt auch in der Privatpraxis und im Privatspital der Grundsatz, dass jede Körperflüssigkeit als infektiös zu betrachten ist, so lange nicht das Gegenteil erwiesen ist²²⁶. Dieser Grundsatz alleine führt dazu, dass sich das Pflegepersonal und die Ärzteschaft nicht auf die Rechtfertigung des überwiegenden privaten Interesses berufen können. Im Resultat führen beide Argumentationsweisen zum gleichen Ergebnis, nämlich dazu, dass sich weder das Pflegepersonal noch die Ärzteschaft auf ein überwiegendes privates Interesse berufen kann.

(3) Blut- und Organspender

[Rz 179] Bei Blut- und Organspendern gilt die Durchführung des HIV-Tests als legitim, da die Spende als solche freiwillig ist²²⁷. Gleicher Meinung mit gleicher Argumentation ist auch GUILLOD²²⁸.

(4) Nasciturus

[Rz 180] Der Persönlichkeitsschutz gem. Art. 28 ZGB steht

jeder rechtsfähigen natürlichen Person zu²²⁹. Dem Nasciturus kommt eine bedingte Rechtsfähigkeit zu, d.h. er kann unter dem Vorbehalt, dass er lebend geboren wird, Rechte erwerben (Art. 31 Abs. 2 ZGB)²³⁰. Die rechtliche Wirkung steht somit unter der aufschiebenden Bedingung der Lebendgeburt²³¹. Die Persönlichkeitsrechte entfalten bereits mit der Empfängnis eine gewisse Wirkung²³². Dieser Schutz besteht auch gegenüber der Mutter, d.h. es braucht eine Güterabwägung zwischen den Interessen des Kindes und denjenigen der Mutter, wenn in das Persönlichkeitsrecht des Kindes eingegriffen wird²³³. Würde kein HIV-Test durchgeführt, wäre das Kind dem Risiko ausgesetzt, sich bei der Geburt mit dem HI-Virus der Mutter zu infizieren. Dem kann entgegengewirkt werden, indem in einem ersten Schritt festgestellt wird, ob die Mutter überhaupt HIV-positiv ist, und in einem zweiten Schritt muss eine Therapie in Angriff genommen werden. Bei einer Güterabwägung zwischen dem Recht auf Gesundheit des Nasciturus und dem Eingriff in die physische Integrität der Mutter überwiegt das Interesse des Nasciturus. Ein HIV-Test erscheint deshalb auf den ersten Blick als möglich und legitim. Das Problem ist damit jedoch noch nicht gelöst, da neue rechtliche Probleme entstehen, wenn die Mutter die Behandlung ablehnt. Eine Zwangsbehandlung während der Schwangerschaft zugunsten des Kindes kommt nicht in Betracht. Ebenfalls fehlt eine rechtliche Grundlage, um die Mutter als urteilsunfähig zu qualifizieren. Deshalb erscheint die Durchführung eines heimlichen HIV-Tests als fragwürdig, da das Problem bei Non-Compliance der Mutter nicht gelöst werden kann.

(5) Sexualpartner

[Rz 181] Ob der Sexualpartner ein berechtigtes Interesse bezüglich der Durchführung eines heimlichen HIV-Tests hat, ist eine viel diskutierte und schwierige Frage. Um der Gliederung von GUILLOD zu folgen, wird die Frage im Zusammenhang mit der Partnernotifikation bzw. dem Contact Tracing erörtert²³⁴.

cc. Überwiegendes öffentliches Interesse

[Rz 182] Das öffentliche Interesse, dass übertragbare Krankheiten – dazu gehört auch HIV/Aids – nicht weiter verbreitet werden (Forschung, Epidemiologie, Vorsorge), ist gross. GUILLOD führt aus, dass die Durchführung des HIV-Tests alleine keine Garantie sei, dass die Weiterverbreitung unterbunden werden könne, da der HIV-Infizierte zusätzlich sein Verhalten ändern müsse, und, sollte er dies nicht tun,

²²¹ BUCHER: Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, 152 ff., 164 ff.

²²² AEBI-MÜLLER: Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, S. 124.

²²³ AEBI-MÜLLER: Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, S. 124.

²²⁴ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 293 f.

²²⁵ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 294 ff.

²²⁶ Vgl. Teil II Ziff. C.I.2.b.cc.

²²⁷ Vgl. Teil II Ziff. C.I.2.b.cc.

²²⁸ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 297.

²²⁹ BSK-MEILI: Art. 28 ZGB, Rz. 32.

²³⁰ BSK-BIGLER-EGGENBERGER: Art. 11 ZGB, Rz. 16.

²³¹ BSK-BIGLER-EGGENBERGER: Art. 11 ZGB, Rz. 16.

²³² HAUSHEER/AEBI-MÜLLER: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, S. 17.

²³³ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, S. 19.

²³⁴ Vgl. Teil II Ziff. C.I.4.

es unmöglich sei, dessen Freiheit so einzuschränken, dass für Dritte kein Risiko mehr bestehe. Zudem müsste der Test mehrmals im Jahr durchgeführt werden, was sowohl finanziell als auch personell nicht zumutbar wäre. Er kommt deshalb zum Schluss, dass das öffentliche Interesse nicht überwiegend sei.²³⁵

[Rz 183] Grundsätzlich lässt sich sagen, dass eine Persönlichkeitsverletzung umso schwerer wiegt, je mehr und je gewichtigere Interessen im konkreten Fall betroffen sind²³⁶. Dabei kann für die Schwere der Verletzung entscheidend sein, wie sensibel bzw. geheimhaltungsbedürftig das Resultat bzgl. der Interessen des Patienten ist²³⁷. Ob die Meinung von GUILLOD heute noch immer zu vertreten ist, soll anhand einer Interessenabwägung entschieden werden²³⁸.

[Rz 184] Gemäss der Ansicht von AEBI-MÜLLER sind bei der Interessenbewertung verschiedene Prinzipien zu berücksichtigen: das wichtigste Kriterium ergibt sich aus dem Wertgehalt, wobei der Persönlichkeitsschutz einen hohen Stellenwert einnimmt und zu beachten ist, dass nur *rechtlich* geschützte Interessen zur Abwägung tauglich sind²³⁹. Beim HIV-Test handelt es sich um einen Eingriff in die physische Integrität sowie in sein Selbstbestimmungsrecht. Das öffentliche Interesse – nämlich das Ziel, dass sich die HIV/Aids-Krankheit nicht weiter ausbreitet – ist ein rechtlich geschütztes Interesse. Der Wertgehalt des betroffenen Rechtsguts ist mit Blick auf den konkreten Sachverhalt zu überprüfen²⁴⁰. Der Zweck des Eingriffs in den Persönlichkeitsschutz ist die Nichtweiterverbreitung der Krankheit HIV/Aids. Es stellt sich die Frage, ob die heimliche Durchführung des HIV-Tests dieses Ziel zu erreichen vermag. Hier kann auf die bereits dargelegte Argumentation von GUILLOD zurückgegriffen werden: Die Durchführung des HIV-Tests an sich vermag die Weiterverbreitung der Krankheit nicht zu unterbinden. Des Weiteren müsste ein HIV-Test bei allen HIV-Verdächtigen durchgeführt werden und dies mehrfach im Jahr, damit das Ziel erreicht werden könnte. Dies ist in der Praxis nicht umsetzbar. Zudem muss die Persönlichkeitsverletzung angemessen sein bzw. muss das schonendste Mittel gewählt werden, um das öffentliche Interesse zu erreichen. Schliesslich muss das öffentliche Interesse das Interesse des HIV-Infizierten überwiegen²⁴¹. Wie bereits mehrfach erläutert, ist es fraglich, ob durch die Durch-

führung des HIV-Tests allein überhaupt die Weiterverbreitung von HIV/Aids unterbunden werden kann. Offensichtlich ist jedoch, dass es nicht das schonendste Mittel wäre. Viel angemessener bzw. schonender wäre es, den HIV-Verdächtigen aufzuklären und zu informieren, welche Vorteile der HIV-Test bringen würde (Therapiemöglichkeit, Gewissheit etc.). Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten ist als sehr hohes Gut zu werten; das öffentliche Interesse vermag im vorliegenden Fall nicht zu überwiegen.

[Rz 185] Im öffentlichen Recht wird bei der Abwägung die Prüfung der Verhältnismässigkeit beigezogen. Dies wird teilweise auch vom Bundesgericht im Privatrecht gemacht²⁴². Nach der Ansicht von AEBI-MÜLLER sollte dieser Ausdruck vermieden werden, denn überwiegen die Interessen des Beklagten, ist der Eingriff nicht nur verhältnismässig, sondern rechtmässig²⁴³. Wie dargelegt überwiegt das öffentliche Interesse nicht, womit der Eingriff nicht verhältnismässig bzw. rechtmässig ist. Weiter untersteht die Interessenabwägung einem Wertewandel; dies betrifft allerdings nicht den Umfang der rechtlich geschützten Persönlichkeit, sondern die Bewertung der zu prüfenden Interessen im konkreten Fall²⁴⁴. Die heimliche Durchführung des HIV-Tests gilt noch heute als Eingriff in die physische Integrität. Das Rechtsgut der Selbstbestimmung hat in den letzten zwanzig Jahren deutlich an Gewicht gewonnen. Somit ist festzuhalten, dass das öffentliche Interesse die Persönlichkeitsverletzung nicht zu überwiegen vermag.

[Rz 186] Anders ist die Frage zu beurteilen, wenn es sich um *anonyme* epidemiologische Studien handelt (Anonymous Unlinked Testing). Wie GUILLOD zutreffend ausführt, ist die heimliche Durchführung des HIV-Tests gerechtfertigt, wenn dies für die Aidsvorsorge bzw. -bekämpfung notwendig ist, gleichwertige Untersuchungen mit Wissen oder Einwilligung des Patienten nicht möglich sind und die Anonymität absolut gewährleistet ist²⁴⁵. Kann keine Assoziation zwischen der Blutprobe und dem dahinterstehenden Patienten gemacht werden, so entfällt die Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte.

dd. Gesetzliche Grundlage

[Rz 187] Es gibt keine gesetzliche Grundlage, welche die Persönlichkeitsverletzung, d.h. die heimliche Durchführung des HIV-Tests, rechtfertigen würde. Bzgl. des in Frage stehenden Epidemiengesetzes kann auf die Ausführungen im

²³⁵ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 299.

²³⁶ AEBI-MÜLLER: Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, S. 381.

²³⁷ AEBI-MÜLLER: Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, S. 382.

²³⁸ AEBI-MÜLLER: Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, S. 127.

²³⁹ AEBI-MÜLLER: Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, S. 128.

²⁴⁰ HUBMANN: Das Persönlichkeitsrecht, S. 97.

²⁴¹ BGE 126 III 305, 306; BGE 126 III 209, 212; BGE 127 III 481, 491.

²⁴² BGE 122 III 449, 457; BGE 127 III 481, 495.

²⁴³ AEBI-MÜLLER: Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, S. 133 f.

²⁴⁴ AEBI-MÜLLER: Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, S. 135.

²⁴⁵ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 297 ff.

öffentlich-rechtlichen Teil hingewiesen werden²⁴⁶. Zu gleichem Resultat kam 1991 auch GUILLOD.

ee. Vertragliche Rahmenbedingungen

[Rz 188] Grundsätzlich besteht zwischen dem (Privat-)Arzt und dem Patienten ein Auftragsverhältnis gem. Art. 394 ff. OR. Gem. Art. 396 Abs. 1 OR bestimmt sich der Umfang des Auftrags nach der Natur des zu besorgenden Geschäftes, wenn der Umfang nicht ausdrücklich bezeichnet worden ist. Mit der «Natur des zu besorgenden Geschäftes» ist auf die berufstypischen Leistungen nach dem Standard des jeweiligen Berufs verwiesen, womit der Arzt eine Behandlung im Hinblick auf die Wiederherstellung der Gesundheit des Patienten nach den Regeln der ärztlichen Kunst (lex artis) anzustreben hat²⁴⁷. Selbstverständlich ist es den Parteien überlassen, auch individuelle Vereinbarungen zu treffen²⁴⁸. Bei allen ärztlichen Massnahmen ist dabei das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu beachten²⁴⁹. Es umfasst neben dem Schutz der körperlichen Integrität auch den Schutz des freien Willens des Patienten²⁵⁰. Weiter trifft den Arzt gem. Art. 398 OR eine Treue- bzw. Geheimhaltungspflicht, die ihn zur Loyalität gegenüber dem Patienten sowie zu strikter Verschwiegenheit verpflichtet²⁵¹. Dies unterstreicht die vorangegangenen Ausführungen, dass ein heimlicher HIV-Test grundsätzlich dem Auftragsrecht gem. Art. 394 ff. OR widerspricht. Laut Art. 400 OR ist der Beauftragte gegenüber dem Mandanten auch informations- und rechenschaftspflichtig, d.h. der Arzt ist im Rahmen des vertraglichen Verhältnisses verpflichtet, den Patienten über die Durchführung des HIV-Tests bzw. über das Resultat eines Tests aufzuklären. Mit ähnlicher Argumentation gelangt auch GUILLOD zum gleichen Ergebnis²⁵².

c. Zwischenfazit

[Rz 189] Die Durchführung des HIV-Tests bzw. die Untersuchung der Blutprobe tangiert den Persönlichkeitsschutz gem. Art. 28 ZGB. Zur Rechtfertigung eines solchen Eingriffs ist der Informed Consent des Patienten erforderlich. Soll für Behandlungs- und Präventionszwecke ein heimlicher, nicht-anonymer HIV-Test durchgeführt werden, müssen – damit der Eingriff trotzdem gerechtfertigt ist – ein überwiegendes öffentliches Interesse, ein überwiegendes privates Interesse oder eine gesetzliche Grundlage gegeben sein. Diese Voraussetzungen sind auch im aktuellen rechtlichen Umfeld nicht erfüllt, womit ein heimlicher, nicht-anonymer HIV-Test für Behandlungs- und Präventionszwecke nicht möglich ist.

Im Ergebnis können die Ausführungen GUILLODS aus dem Jahr 1991 demnach nach wie vor Gültigkeit beanspruchen.

3. Partnernotifikation: Bekanntgabe der Seropositivität an Drittpersonen

a. Rechtsfragen

[Rz 190] Weiss der Patient, dass er HIV-positiv ist, aber möchte er trotz ärztlicher Überzeugungsversuche seine Verhaltensweisen gegenüber seinen Kontaktpartnern nicht ändern oder diese über die potentielle Gefahr informieren, so stellt sich die Frage, ob der Arzt rechtmässig handelt, wenn er gefährdete Dritte informiert. Weiter stellt sich die Frage, was die Konsequenzen sind, wenn der Arzt schweigt oder wenn er die Information weitergibt. Es ist auch zu untersuchen, welche Pflichten den Patienten im Hinblick auf seine HIV-Positivität gegenüber seinen Kontaktpartnern treffen.

b. Grundsätzliche Pflicht zur Einholung des Informed Consent

[Rz 191] Wie bereits dargelegt, handelt es sich beim Gesundheitszustand des Patienten um einen Teil seiner Intimsphäre, d.h. um eine Frage aus dem innersten Schutzbereich von Art. 28 ZGB. Weiter unterliegt der Arzt im Rahmen des vertraglichen Verhältnisses einer strikten Geheimhaltungspflicht gem. Art. 398 Abs. 2 OR. Die Weitergabe von Informationen über einen Patienten ohne dessen aufgeklärte Einwilligung (Informed Consent) stellt demnach eine Persönlichkeitsverletzung gem. Art. 28 ZGB und einen Vertragsbruch gem. Art. 394 ff. OR dar²⁵³. Gem. Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG dürfen sodann besonders schützenswerte Personendaten – zu denen die Seropositivität zählt – Dritten nicht bekanntgegeben werden. Laut Art. 40 lit. f MedBG muss der Arzt das Berufsgeheimnis wahren. Die grundsätzliche Pflicht zur Einholung des Informed Consent ist auch den 2005 genehmigten medizinisch-ethischen Grundsätze der SAMW zum Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung zu entnehmen, wonach die Respektierung des Willens des urteilsfähigen Patienten zentral und demzufolge das Handeln gegen den erklärten Willen des urteilsfähigen Patienten unzulässig ist²⁵⁴. Gem. Art. 11 der Standesordnung FMH ist schliesslich das Patientengeheimnis im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen zu wahren. Es verpflichtet zur Verschwiegenheit, insbesondere auch gegenüber den Familienangehörigen, Angehörigen, Arbeitgebern und Versicherern.

[Rz 192] Im Gegensatz zur Gesetzeslage von 1991 ist heute der Grundsatz des Informed Consent nicht nur in Art. 28 ZGB verankert, sondern viel breiter abgestützt und besser

²⁴⁶ Vgl. Teil II Ziff. C.I.

²⁴⁷ BK-FELLMANN: Art. 396 OR, Rz. 22 ff.

²⁴⁸ FELLMANN: Die Haftung des Privatarztes und des Privatspitals, S. 50.

²⁴⁹ Z.B. FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 128.

²⁵⁰ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 128.

²⁵¹ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 128.

²⁵² GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 306 ff.

²⁵³ Für eine detailliertere Abhandlung kann auf die Ausführungen verwiesen werden, die zum heimlichen HIV-Tests gemacht wurden. Zum gleichen Resultat führen auch die Ausführungen von GUILLOD, siehe GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 258.

²⁵⁴ SAMW: Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, S. 3.

ausdifferenziert, d.h. die entsprechende Pflicht der Ärzteschaft wurde verdeutlicht und verstärkt.

c. Pflicht des HIV-Infizierten zur Information seiner Kontaktpersonen

aa. Familienrecht

[Rz 193] Das Gesetz selber kennt nur wenige ausdrückliche Pflichten zwischen den Ehegatten²⁵⁵. Gem. Art. 159 Abs. 3 ZGB besteht eine eheliche Treue- und Beistandspflicht. Die Treuepflicht ist die Steigerung des allgemeinen Gebots von Treu und Glauben gem. Art. 2 ZGB zur umfassenden und unbedingten Loyalität²⁵⁶. Dies umfasst den affektiven, sexuellen, seelisch-geistigen und wirtschaftlichen Bereich sowie die Rücksichtnahme²⁵⁷. Die Ehe verpflichtet nicht zur Selbstaufopferung, jedoch muss dem Partner mitgeteilt werden, was partnerrelevant ist, namentlich wenn die Interessen des Partners auf Information die Interessen des Geheimnisträgers auf Nichtinformation überwiegen. Denn Treue bedeutet auch Rücksicht – und in der hier gegebenen Konstellation bedeutet Rücksicht Information über die HIV-Positivität (jedenfalls dann, wenn die Ehe nicht platonisch geführt wird)²⁵⁸. Auch Art. 12 PartG verpflichtet die (gleichgeschlechtlichen) Partnerinnen und Partner zu Beistand und Rücksicht, weshalb die vorangehenden Ausführungen sinngemäss für eingetragene Partnerschaften Geltung haben.

bb. Persönlichkeitsrecht gem. Art. 28 ZGB

[Rz 194] Der Gesundheitszustand des HIV-Patienten gehört zum Intimbereich des Persönlichkeitsschutzes gem. Art. 28 ZGB und soll somit der Kenntnis aller anderen Personen entzogen sein; ausser der Kenntnis jener Person, denen die Tatsache anvertraut wurde²⁵⁹. Ein HIV-Infizierter hat somit das Recht, dass niemand von seiner Seropositivität erfährt. Anders liegt das Interesse des Sexualpartners. Dieses besteht vorliegend im Schutz der eigenen physischen Integrität. Weiss er nichts über die HIV-Infizierung und kommt es zu ungeschütztem Geschlechtsverkehr, ist er in seiner physischen Integrität gefährdet.

[Rz 195] Die einzelnen Normen der Rechtsordnung sollen ein System kohärenter Wertentscheidungen bilden²⁶⁰, wobei diese Vernetzung nicht nur innerhalb eines Teilrechtsgebiets zu beachten, sondern Disziplinen übergreifend zu berücksichtigen ist²⁶¹. Art. 231 StGB stellt die Verbreitung menschlicher

Krankheiten unter Strafe. Dazu gehört auch die Verbreitung von HIV/Aids²⁶². Gem. Art. 231 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 2 StGB ist die Verbreitung von HIV/Aids als Verbrechen zu qualifizieren²⁶³. Unter Berücksichtigung des Zusammenspiels der verschiedenen Rechtsgebiete erscheint es als problematisch, wenn das Strafrecht ein bestimmtes Verhalten als Verbrechen qualifiziert und das Privatrecht das genau gleiche Verhalten als rechtmässig erachtet. Aufgrund der systematischen Auslegung ist deshalb dem Interesse des Sexualpartners – d.h. dem Wissen um die HIV/Aids-Erkrankung seines Partners – mehr Gewicht beizumessen.

[Rz 196] Auf der einen Seite steht das Bedürfnis des HIV-Infizierten, dass die Information über seine Seropositivität dem Sexualpartner nicht mitgeteilt wird, auf der anderen Seite steht das Bedürfnis des Sexualpartners, sich beim Geschlechtsverkehr mit seinem Partner nicht mit HIV/Aids zu infizieren. Obwohl HIV/Aids heute medizinisch viel besser therapierbar ist, stellt die Infektion nach wie vor eine nicht heilbare chronische Krankheit dar. Grundsätzlich wird die Intimsphäre sowohl durch Art. 28 ZGB als auch durch das Strafrecht intensiv geschützt, weshalb auch die Meinung vertreten wird, dass Eingriffe in die Intimsphäre nie zu rechtfertigen seien²⁶⁴. Diese Meinung ist nach unserer Ansicht zu relativieren. Die Interessenabwägung im Umfeld von Art. 28 ZGB wäre damit immer obsolet, wenn auf der einen Seite die Geheim- bzw. Intimsphäre steht, egal wie hoch das Rechtsgut auf der anderen Seite zu bewerten ist. Dass die Gesundheit bzw. das menschliche Leben höher zu gewichten ist als das Recht, den eigenen Gesundheitszustand nicht mitteilen zu müssen, ist unseres Erachtens offensichtlich. Das Interesse des Sexualpartners an der Erhaltung seiner Gesundheit ist somit als gewichtiger einzustufen und der HIV-Infizierte ist verpflichtet – möchte er nicht die notwendigen Schutzmassnahmen anwenden – den Sexualpartner zu informieren.

[Rz 197] Unterlässt der HIV-Infizierte demnach die Schutzmassnahmen gegenüber seinem Sexualpartner, ist er verpflichtet, diesen über die Krankheit zu informieren. Ansonsten begeht er eine Persönlichkeitsverletzung i.S. von Art. 28 ZGB und macht sich gegebenenfalls wegen der Verbreitung menschlicher Krankheiten gem. Art. 231 StGB strafbar²⁶⁵.

d. Pflicht des Arztes zur Information eines Dritten

aa. Information an den Kontaktpartner im Rahmen von Art. 28 ZGB

²⁵⁵ BSK-SCHWANDER: Art. 159 ZGB, Rz. 5.

²⁵⁶ HEGNAUER/BREITSCHMID: Grundriss des Eherechts, S. 151, 197 ff.; BGE 118 II 27, 29.

²⁵⁷ BSK-SCHWANDER: Art. 159 ZGB, Rz. 11.

²⁵⁸ HEGNAUER/BREITSCHMID: Grundriss des Eherechts, S. 154 ff.

²⁵⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, S. 212.

²⁶⁰ KRAMER: Juristische Methodenlehre, S. 170 f.

²⁶¹ KRAMER: Juristische Methodenlehre, S. 170 f., wobei gewisse Unterschiede gewollt sind, z.B. unterscheiden sich die Verjährungsfristen je nach Rechtsgebiet.

²⁶² Für eine detaillierte Erörterung vgl. den strafrechtlichen Teil in Teil II Ziff. C.III.

²⁶³ Je nach Vorgehen (gemeine Gesinnung, Fahrlässigkeit) kann ein anderes Strafmass gegeben sein. Für eine detaillierte Erörterung vgl. den strafrechtlichen Teil in Teil II Ziff. C.III.

²⁶⁴ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, S. 198.

²⁶⁵ Für eine detailliertere Untersuchung von Art. 231 StGB vgl. den strafrechtlichen Teil in Teil II Ziff. C.III.

[Rz 198] Da, wie dargelegt der Gesundheitszustand des Patienten zum innersten Schutzbereich von Art. 28 ZGB gehört (Intimbereich), würde die Mitteilung des Arztes an den Ehegatten eine Persönlichkeitsverletzung darstellen, die sich nicht mit einer familienrechtlichen Norm oder einer sonstigen gesetzlichen Grundlage rechtfertigen liesse²⁶⁶.

(1) Einwilligung des HIV-Patienten

[Rz 199] Wie mehrfach erwähnt, gibt das Einverständnis des HIV-Patienten zur Informationsweitergabe seiner HIV-Positivität, dem Arzt die Legitimation bzw. das Recht, Dritte zu informieren. Zu beachten bleibt, dass der Arzt grundsätzlich nicht auf eine stillschweigende Einwilligung des Patienten schliessen darf. Bei einer hypothetischen Einwilligung aufgrund der habituellen oder kasuellen Urteilsunfähigkeit des Patienten ist die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters einzuholen²⁶⁷.

(2) Kein überwiegendes Interesse des HIV-Infizierten

[Rz 200] Die Mitteilung des Arztes an Dritte kann nicht durch ein allfälliges überwiegendes Interesse des HIV-Infizierten gerechtfertigt werden. Wie bei der Abhandlung des HIV-Tests begründet, braucht es die Einwilligung bzw. die hypothetische Einwilligung des Patienten²⁶⁸.

(3) Interesse des Pflegepersonals und der Ärzteschaft

[Rz 201] Auch hier gilt – wie beim HIV-Test – der Grundsatz, dass jegliche Körperflüssigkeit als infektiös gilt, bis das Gegenteil bewiesen ist²⁶⁹. Somit ist das überwiegende Interesse des Pflegepersonals und der Ärzteschaft zu verneinen.

(4) Interesse des Sexualpartners

[Rz 202] Die gegensätzliche Interessenslage von HIV-Infiziertem und Sexualpartner berühren teilweise den gleichen Schutzbereich: die physische Integrität gem. Art. 28 ZGB. Darüber hinaus ist das ebenfalls durch den Persönlichkeitsschutz abgedeckte Selbstbestimmungsrecht des HIV-Infizierten betroffen.

[Rz 203] Nach der Ansicht GUILLODS hat der Sexualpartner *grundsätzlich* kein überwiegendes Interesse²⁷⁰. Zu diesem Fazit gelangt er mit folgender Argumentation. Zunächst sei die Enthüllung der Seropositivität an den Sexualpartner keine Garantie dafür, dass dieser sich nicht infizieren werde. Einerseits sei nicht sicher, dass der Sexualpartner die notwendigen Vorsichtsmassnahmen vornehme und andererseits sei denkbar, dass der Sexualpartner bereits angesteckt sein könnte. Weiter riskiere der Arzt, dass der Patient das Auf-

tragsverhältnis beende und sich bei den nachfolgenden Sexualpartnern noch mehr in Verschwiegenheit hülle. Zudem schüre der Arzt mit einer solchen Mitteilung Konflikte in der Ehe bzw. Partnerschaft. Schliesslich argumentiert er, dass die Kampagnen gegen HIV/Aids dazu geführt haben, dass jeder Einzelne die Risiken des HI-Virus kenne und um die Konsequenzen ungeschützten Geschlechtsverkehrs wisse²⁷¹.

[Rz 204] Der Argumentation von GUILLOD ist aus heutiger Sicht teilweise zu widersprechen. Es wurde bereits im Rahmen der Pflicht des HIV-Infizierten zur Information des Sexualpartners dargelegt, dass der Sexualpartner ein überwiegendes Interesse an der Information hat, da seine Rechtsgüter (Gesundheit) durch die fehlende Information stärker beeinträchtigt würden als jene des HIV-Infizierten: Die Gesundheit ist höher zu werten als die physische Integrität bzw. das Recht zur Geheimhaltung der Seropositivität des HIV-Infizierten²⁷². Bezogen auf die Argumentation von GUILLOD ist es korrekt, dass die Enthüllung der Seropositivität keine Garantie dafür bildet, dass sich der Partner nicht infizieren wird. Möchte dieser trotz des Wissens keine Vorsichtsmassnahmen ergreifen, so liegt das in seiner Verantwortung, jedoch erscheint es als höchst problematisch, wenn ihm die Möglichkeit dieser Entscheidung vorweggenommen wird; insbesondere im Hinblick auf die Annahme, dass ein Partner sich vermutlich schützen würde. Wenn der Sexualpartner bereits angesteckt sein sollte, so ist die Mitteilung an ihn zugleich die Aufforderung, einen HIV-Test zu machen (dies muss schnellstmöglich passieren, da die Anfangsphase der Krankheit, wie erläutert, häufig asymptomatisch verläuft) und sich bei positivem Testergebnis schnellstmöglich einer Therapie zu unterziehen. Das Risiko, dass der Patient das Auftragsverhältnis beendet, muss eingegangen werden. Dem dritten Argument von GUILLOD, dass der Arzt mit einer solchen Mitteilung Konfliktpotential in Ehe bzw. Partnerschaft schafft, ist zwar als Tatsache zuzustimmen, doch kann auch dies nicht Anlass dafür sein, dass die physische Integrität des Sexualpartners verletzt wird und er mit grosser Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen hat, sich mit HIV zu infizieren. Als letztes Argument bringt GUILLOD vor, dass die Kampagnen gegen HIV/Aids dazu geführt haben, dass jeder Einzelne die Risiken des HI-Virus kennt und um die Konsequenzen weiss und somit eine Mitteilung an den Sexualpartner nicht gerechtfertigt ist. Wie bereits im öffentlich-rechtlichen Teil erläutert, ist dem zu widersprechen, da sich Kampagnen als Information an die Gesellschaft als Ganzes richten und das individuelle Wissen lediglich ergänzen und das eine nicht das andere zu ersetzen vermag²⁷³.

²⁶⁶ HEGNAUER/BREITSCHMID: Grundriss des Eherechts, S. 155.

²⁶⁷ Vgl. Teil II Ziff. C.II.

²⁶⁸ Vgl. Teil II Ziff. C.II.

²⁶⁹ Vgl. Teil II Ziff. C.I.2.b.cc.; mit anderer Begründung aber gleichem Resultat vgl. GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 268 f.

²⁷⁰ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 267 ff.

²⁷¹ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 267 ff.

²⁷² Der Sexualpartner hat zwar ein Recht auf Nichtwissen, jedoch darf dies nicht grundlos vom Arzt angenommen werden. Erst wenn der Sexualpartner diesen Wunsch äussert, hat der Arzt darauf Rücksicht zu nehmen. Es ist anzunehmen, dass in der Praxis Sexualpartner nur in den allerwenigsten Fällen vom «Recht auf Nichtwissen» Gebrauch machen.

²⁷³ Interview vom 30. März mit Prof. Dr. med. GUTZWILLER; vgl. auch Teil II Ziff.

[Rz 205] GUILLOD benennt allerdings auch Situationen, in denen das Interesse des Sexualpartners überwiegt. Gemäss seinen Ausführungen müssen hierfür folgende Punkte kumulativ gegeben sein: es ist eine Seronegativität des Partners anzunehmen, der HIV-Infizierte zeigt ein Risikoverhalten und verleitet den Sexualpartner dazu, auf Schutzmassnahmen zu verzichten, und es ist davon auszugehen, dass der HIV-Infizierte und sein Sexualpartner weiterhin nicht auf Geschlechtsverkehr verzichten werden²⁷⁴. Gem. GUILLOD wäre in solchen Situationen der Arzt berechtigt, dem Geschlechtspartner die Information mitzuteilen. GUILLOD ist nach unserer Einschätzung insofern zuzustimmen, als zunächst versucht werden soll, den HIV-Infizierten zu Schutzverhalten zu bewegen. Wehrt sich dieser dagegen, soll wie bereits ausgeführt der Patient darüber aufgeklärt werden, dass der Sexualpartner bei einem solchen Verhalten des Patienten das Recht auf Information hat, da ansonsten seine Gesundheit gefährdet ist. Die anderen von GUILLOD geforderten Voraussetzungen erscheinen uns allerdings zu theoretisch ausgerichtet und entsprechen insbesondere nicht dem Regelfall einer Partnerschaft, da es selten der Fall sein wird, dass der seropositive Partner keine Schutzmassnahmen vorkehren möchte und zugleich den Geschlechtsverkehr einstellt.

[Rz 206] Zudem erscheint uns die Argumentation GUILLODS, dass bei Vorliegen der beschriebenen Konstellation der Arzt berechtigt ist, den Sexualpartner direkt zu informieren, problematisch. Die Pflichten zur Geheimhaltung sind in verschiedenen Normen verankert (Art. 321 StGB, Art. 40 MedBG, Standesordnung FMH). Wie weiter vorne ausgeführt, sollte in diesen Fällen lediglich die Information an den Amts- oder Kantonsarzt erfolgen. Dieser hat die Situation zu würdigen und – wenn notwendig – weitere Schritte einzuleiten. Dürfte der behandelnde Arzt direkt die Partnernotifikation vornehmen, würde die Würdigung der Situation alleine in der Macht des behandelnden Arztes liegen – eine Kontrolle bzw. eine zweite Würdigung durch den Amtsarzt würde unterbleiben.²⁷⁵

bb. Vertragliche Pflicht des Arztes

[Rz 207] Zur sorgfältigen Ausführung des Auftrags i.S.v. Art. 398 Abs. 2 OR gehört auch, dass der Arzt Informationen, die zur Privatsphäre des Patienten gehören, nicht weiterverbreitet, wobei dieser Grundsatz auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses gilt²⁷⁶. Einzige Ausnahme ist, wenn der HIV-Infizierte dem Arzt den Auftrag bzw. die Weisung gibt, Dritte über seine Seropositivität zu informieren. Dies folgt aus dem Grundsatz der getreuen und sorgfältigen Ausführung

des Geschäfts gem. Art. 398 Abs. 2 OR. Auch dies wurde von GUILLOD 1991 in ähnlicher Weise ausgeführt²⁷⁷.

cc. Die Information an den Amtsarzt bzw. Kantonsarzt gem. Art. 28 Abs. 2 EpG bzw. Art. 39 rev-EpG

[Rz 208] Im öffentlich-rechtlichen Teil wurde dargelegt, dass der Arzt gem. dem Epidemiengesetz und allenfalls auch dem kantonalen Recht über ein Melderecht verfügt²⁷⁸. Wehrt sich der HIV-Infizierte gegen die notwendigen Schutzmassnahmen, hat der Arzt den HIV-Patienten aufzufordern, Schutzmassnahmen vorzunehmen oder seinen Sexualpartner umgehend aufzuklären. Tut er dies nicht, ist der Arzt gem. Art. 28 Abs. 2 EpG bzw. Art. 39 E-EpG gehalten, sich an den Amtsarzt bzw. Kantonsarzt zu wenden, damit dieser weitere Massnahmen gem. Art. 15 ff. EpG bzw. Art. 33 ff. E-EpG vornehmen kann. Dazu gehört auch die Information des Kontaktpartners²⁷⁹.

[Rz 209] GUILLOD behandelt diese Frage nicht. Es ist jedoch aufgrund seiner Ausführungen im Kapitel zum Contact Tracing davon auszugehen, dass er die Information an den Amtsarzt bzw. Kantonsarzt ohne Einwilligung des HIV-Patienten als nicht gerechtfertigt erachtet²⁸⁰. Er löst die Problematik sodann mit der Möglichkeit der direkten Notifikation der Kontaktpersonen durch den behandelnden Arzt²⁸¹.

e. Zwischenfazit

[Rz 210] Gem. Art. 28 ZGB hat der HIV-Infizierte die Pflicht, seine Kontaktpartner zu informieren, wenn er die notwendigen Schutzmassnahmen nicht vorkehren möchte. Grundsätzlich hat der Arzt aufgrund verschiedener gesetzlicher Grundlagen die Pflicht zur Verschwiegenheit. Ist davon auszugehen, dass der Patient die Schutzvorkehrungen nicht vornehmen wird und weigert er sich, die Kontaktpersonen von sich aus über die Krankheit zu informieren, hat der behandelnde Arzt die Pflicht, den Amtsarzt bzw. den Kantonsarzt gem. Art. 28 Abs. 2 EpG bzw. Art. 39 rev-EpG zu informieren. Dieser leitet sodann Massnahmen gem. Art. 15 ff. EpG bzw. Art. 33 ff. rev-EpG ein. Dazu gehört auch die Information von Kontaktpersonen. Verboten ist grundsätzlich – wie im öffentlichen Recht – die direkte Partnernotifikation durch den behandelnden Arzt.

4. Contact Tracing

a. Rechtsfragen

[Rz 211] Beim Contact Tracing nennt der HIV-Infizierte dem Arzt freiwillig die Namen seiner Partner, die er möglicherweise

C.I.

²⁷⁴ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 271.

²⁷⁵ Siehe hierzu vorne Teil II Ziff. C.I.3.d.

²⁷⁶ BSK-WEBER: Art. 398 OR, Rz. 11.

²⁷⁷ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 262 f.

²⁷⁸ Vgl. Teil II Ziff. C.I.

²⁷⁹ Vgl. Teil II Ziff. C.I.

²⁸⁰ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 279 ff.

²⁸¹ Diese Lösung lehnen wir aus den oben dargelegten Gründen ab, siehe Teil II Ziff. C.I.3.

mit HIV infiziert hat. Entweder gibt der Arzt dann die Kontaktdaten der Sexualpartner mit Einwilligung des HIV-Patienten an den Amtsarzt bzw. Kantonsarzt weiter oder er macht dies ohne Einwilligung seines HIV-Patienten. Der Amtsarzt bzw. Kantonsarzt nimmt mit den betreffenden Personen Kontakt auf und bittet sie, sich einem Arzt anzuvertrauen, die notwendigen Vorsichtsmassnahmen vorzukehren oder einen HIV-Test durchführen zu lassen. Das Contact Tracing kann für verschiedene Zwecke eingesetzt werden: möglich ist eine individuelle Kontaktierung von Betroffenen (Ansteckungsverhütung), aber auch eine epidemiologische Verfolgung ist denkbar. Hat der Patient nicht zur Weitergabe seiner potentiell angesteckten Partner an den Amtsarzt bzw. Kantonsarzt eingewilligt, stellt sich wiederum das Problem der Geheimhaltungspflicht des Arztes.

b. Contact Tracing zum Zweck der direkten Ansteckungsverhütung

[Rz 212] Unter welchen Voraussetzungen der Amtsarzt bzw. Kantonsarzt mit den Kontaktpersonen Kontakt aufnehmen kann, nachdem der behandelnde Arzt ihm gem. Art. 28 Abs. 2 EpG und Art. 39 rev-EpG Meldung erstattet hat, wurde im öffentlich-rechtlichen Teil ausgeführt. Die dort dargelegten Erwägungen gelten auch für den privatrechtlichen Teil²⁸². Auf den Punkt gebracht kann festgehalten werden, dass der Amtsarzt bzw. Kantonsarzt (nur zum Zweck der direkten Ansteckungsverhütung im konkreten Einzelfall) gem. Art. 15 EpG bzw. Art. 37 E-EpG befugt ist, die Kontaktperson über die Krankheit zu informieren.

[Rz 213] Zu einem anderen Schluss kommt GUILLOD. Nach seiner Ansicht verletzt der behandelnde Arzt durch die Mitteilung der Seropositivität an den Amtsarzt bzw. Kantonsarzt das Persönlichkeitsrecht des HIV-Infizierten²⁸³. Dem ist insofern zu widersprechen, als dem Persönlichkeitsrecht des Kontaktpartners auf Unversehrtheit seines Lebens bzw. seiner Gesundheit grösseres Gewicht beizumessen ist als dem Persönlichkeitsrecht des HIV-Infizierten auf Geheimhaltung. ZENGER bejahte denn auch bereits 1991 im öffentlich-rechtlichen Gutachten die Pflicht zum Contact Tracing im spezifischen Fall der direkten Ansteckungsverhütung im Einzelfall²⁸⁴.

c. Contact Tracing zu epidemiologischen Zwecken

[Rz 214] Es kann auf die Erörterungen im öffentlich-rechtlichen Teil verwiesen werden²⁸⁵. Das Contact Tracing zu epidemiologischen Zwecken ist nicht möglich, da es an den Voraussetzungen fehlt.

5. Fazit des privatrechtlichen Teils

[Rz 215] Die heimliche Durchführung des HIV-Tests ist grundsätzlich nicht möglich, da der HIV-Test den Persönlichkeitsschutz gem. Art. 28 ZGB tangiert und es bei einem heimlichen Test definitionsgemäss an der rechtfertigenden Einwilligung fehlt. Soll ein heimlicher, nicht-anonymer HIV-Test für Behandlungs- und Präventionszwecke durchgeführt werden, müssen – damit der Eingriff trotzdem gerechtfertigt ist – ein überwiegendes öffentliches Interesse, ein überwiegendes privates Interesse oder eine gesetzliche Grundlage gegeben sein. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt, womit ein heimlicher, nicht-anonymer HIV-Test für Behandlungs- und Präventionszwecke nicht möglich ist. Zu gleichem Resultat – mit teilweise anderer Begründung – führte auch die Analyse GUILLODS im Jahr 1991.

[Rz 216] Auch das Contact Tracing widerspricht dem Persönlichkeitsschutz gem. Art. 28 ZGB, da die Intimsphäre des Patienten dadurch verletzt würde. Da jedoch auch das Recht auf körperliche Integrität gem. Art. 28 ZGB des Kontaktpartners des Seropositiven auf dem Spiel steht und dieses höher zu gewichten ist, muss die Gesundheit des Kontaktpartners geschützt werden. Gemäss dem Grundsatz der Subsidiarität muss der Arzt zunächst versuchen, seinen Patienten von der Vorkehrung von Schutzmassnahmen bzw. von der Mitteilung an seinen Kontaktpartner zu überzeugen. Weigert sich der Patient, hat der behandelnde Arzt den Amtsarzt bzw. Kantonsarzt gem. Art. 28 Abs. 2 EpG bzw. Art. 39 rev-EpG zu informieren. Dieser leitet dann Massnahmen gem. Art. 15 ff. EpG bzw. Art. 33 ff. rev-EpG ein. Dazu gehört auch die Information der Kontaktpersonen. Eine direkte Partnernotifikation durch den behandelnden Arzt erscheint uns jedoch – im Gegensatz zur Meinung GUILLODS von 1991 – nicht zulässig. Ein Contact Tracing für epidemiologische Zwecke ist rechtlich jedoch nicht gestattet.

III. Strafrechtlicher Teil²⁸⁶

1. Rechtsgrundlagen

[Rz 217] Das strafrechtliche Arztrecht ist in keinem speziellen Gesetz geregelt, womit auf Bundesebene das StGB heranzuziehen ist. Einschlägig sind einerseits die Körperverletzungsdelikte gem. Art. 122 ff. StGB sowie die Normen zum Arztgeheimnis und Berufsgeheimnis in der medizinischen Forschung gem. Art. 321 ff. StGB.

[Rz 218] Der Umfang des Amts- und Berufsgeheimnisses wird sodann in der Schweizerischen StPO konkretisiert, die am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist. Das Gutachten von Kunz aus dem Jahr 1991 hatte sich dagegen noch mit den kantonalen Strafprozessordnungen auseinander zu setzen.

²⁸² Siehe Teil II Ziff. C.I.4.

²⁸³ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 280.

²⁸⁴ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 80 f.

²⁸⁵ Vgl. Teil II Ziff. C.I.4.

²⁸⁶ Siehe zu verschiedenen strafrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit dem HIV-Test BRIGITTE TAG, Strafrechtliche Beurteilung eines HIV-Tests ohne Informed Consent, in: Jusletter vom 26. November 2012.

[Rz 219] Zudem soll das Datenschutzgesetz den strafrechtlichen Schutz des Berufsgeheimnisses gem. Art. 321 StGB erweitern²⁸⁷. Da das Arzt- bzw. Berufsgeheimnis in der medizinischen Forschung bereits geschützt wird, steht das Datenschutzgesetz vorliegend nicht im Vordergrund. Das Epidemiengesetz kann wie beim öffentlichen Recht und Privatrecht herangezogen werden bei Massnahmen bzgl. Anzeigepflichten und Melderechte. In Frage kommen auch kantonale Gesetze, auf die im jeweiligen Teil eingegangen wird. Wie im öffentlich-rechtlichen Teil und privatrechtlichen Teil dargestellt wurde, sind auch im Strafrecht die Standesordnung FMH und die Richtlinien der Schweizerischen Akademie für medizinische Wissenschaften (SAMW) einschlägig²⁸⁸.

2. Strafbarkeit der Blutentnahme zum Zwecke eines HIV-Tests

a. Blutentnahme zum Zwecke eines medizinisch indizierten HIV-Tests

[Rz 220] Die medizinisch indizierte Blutentnahme entspricht einem medizinischen Heileingriff, welcher gem. bundesgerichtlicher Rechtsprechung²⁸⁹ und einem Teil der Lehre (Rechtfertigungstheorie)²⁹⁰ den Tatbestand der einfachen Körperverletzung gem. Art. 123 StGB erfüllt. Begründung dafür ist, dass der Eingriff in den Körper als einzelner Akt und nicht anhand des angestrebten Ergebnisses zu beurteilen ist und andererseits der Beachtung der körperlichen Unversehrtheit gem. Art. 10 Abs. 2 BV Rechnung zu tragen ist. Ein anderer, jüngerer Teil der Lehre bezieht die Selbstbestimmung in den Tatbestand mit ein (Tatbestandslösung), so dass der Informed Consent zur lege artis durchgeführten Behandlung den Tatbestand gerade ausschliesst²⁹¹. In neuerer Zeit folgen Praxis und Lehre vermehrt der Rechtfertigungstheorie, da das Selbstbestimmungsrecht des Patienten an Bedeutung gewonnen hat²⁹². Vorliegend wird der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gefolgt²⁹³, was 1991 auch KUNZ gemacht hat²⁹⁴.

[Rz 221] Ungeachtet der unterschiedlichen Beurteilung sind sich Bundesgericht und Lehre darin einig, dass der Eingriff

gerechtfertigt ist, wenn ein Informed Consent vorliegt²⁹⁵. In welchem Umfang die Aufklärung stattfinden muss, damit der Patient rechtmässig einwilligen kann, wird in Teil II Ziff. D behandelt.

b. Blutentnahme zum Zwecke eines medizinisch nicht indizierten HIV-Tests

[Rz 222] Findet die Blutentnahme zum Zweck eines medizinisch nicht indizierten HIV-Tests statt (vorsorgliche Vornahme oder für die Erhebung statistisch-epidemiologischen Daten im Interesse von Präventionskampagnen), wird kein Heilungszweck verfolgt, weshalb einhellig von einer einfachen Körperverletzung gem. Art. 123 StGB ausgegangen wird.

[Rz 223] Eine konkludente Einwilligung für einen solchen Test ist nicht gegeben. KUNZ vertritt – nach unserer Ansicht zu Recht – vielmehr die Meinung, dass der Arzt durch konkludentes Verhalten den Patienten über den Zweck der Blutentnahme täuscht und dadurch dessen Einwilligung erschleicht²⁹⁶. Willigt der Patient jedoch aufgrund rechtmässiger Aufklärung ein, so ist der Eingriff auch in dieser Situation gerechtfertigt.

3. Strafrechtliches Arztgeheimnis

a. Inhalt und Reichweite des Arztgeheimnisses

aa. Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB)²⁹⁷

[Rz 224] Art. 321 StGB umschreibt den Kreis der Adressaten einer strafrechtlich sanktionierten Schweigepflicht abschliessend²⁹⁸. Als Täter kommen gem. Art. 321 Ziff. 1 StGB u.a. Ärzte in Betracht, d.h. Personen, die aufgrund eines Hochschulstudiums zur Ausübung des Heilberufs qualifiziert sind oder als entsprechende Assistenten in praktischer Ausbildung stehen²⁹⁹. Den Ärzten gleichgestellt sind Zahnärzte, Apotheker und Hebammen, nicht aber Psychologen³⁰⁰. Ebenfalls zum Täterkreis gehören Medizin- und Pharmaziestudenten sowie die Hilfspersonen des Arztes. Mit Hilfspersonen sind Menschen gemeint, die den Arzt bei der Erfüllung seiner Tätigkeit unterstützen und im Rahmen dieser Tätigkeit Informationen über Patienten erhalten³⁰¹. Grund für diese Bestimmung ist, dass die genannten Berufspersonen die ihnen obliegende Aufgabe erfüllen sollen, ohne dass ihre Klienten Befürchtungen haben müssen, dass anvertraute bzw. erfah-

²⁸⁷ BSK-RIKLIN: Art. 35 DSG, Rz. 1.

²⁸⁸ Vgl. Teil II Ziff. C.I.1.

²⁸⁹ BGE 117 Ib 197, BGE 124 IV 258, 260 f.

²⁹⁰ DONATSCH: Strafrecht III, S. 48, BSK-ROTH/BERKEMEIER: Art. 123 StGB, Rz. 50.

²⁹¹ Für weitere Ausführungen vgl. TAG: Strafrecht im Arztalltag, S. 679. Vgl. auch z.B. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER: Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, S. 68, WIEGAND: Aufklärungspflicht, S. 119, 121; für das deutsche Recht vgl. TAG: Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, S. 18 ff.

²⁹² STRATENWERTH/JENNY/BOMMER: Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, S. 69.

²⁹³ Für eine detailliertere Erläuterung vgl. TAG: Strafrecht im Arztalltag, S. 669 ff.

²⁹⁴ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 363 f.

²⁹⁵ TAG: Strafrecht im Arztalltag, S. 676.

²⁹⁶ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 366.

²⁹⁷ KUNZ hat 1991 die Grundsätze des Arztgeheimnisses ähnlich erörtert, GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 321 ff.

²⁹⁸ BGE 83 IV 194, 197.

²⁹⁹ DONATSCH/WHOELERS: Strafrecht IV, S. 564.

³⁰⁰ PK-TRECHSEL: Art. 321 StGB, Rz. 15.

³⁰¹ TAG: Strafrecht im Arztalltag, S. 745, STRATENWERTH/BOMMER: Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, S. 451.

rene Fakten über den Gesundheitszustand weitergegeben werden³⁰².

[Rz 225] Geschützt werden Geheimnisse; im Vordergrund steht der Schutz der Privat- und Intimsphäre³⁰³. Bezüglich des Arztgeheimnisses führte das Bundesgericht aus, dass dies alles beinhaltet, was der Patient dem Arzt «zwecks Ausführung des Auftrags anvertraut oder was der Arzt in Ausübung seines Berufes wahrnimmt»³⁰⁴. Dies ist als zu extensiv zu werten³⁰⁵. Art. 1 StGB und Art. 7 Abs. 1 EMRK statuieren den Grundsatz «nulla poena sine lege» und, damit verbunden, das strafrechtliche Analogieverbot. Demnach muss das «Geheimnis» auf den Wortsinn reduziert werden, d.h. es muss sich um eine geheime Tatsache handeln³⁰⁶. Erforderlich ist sodann ein Kausalzusammenhang zwischen der beruflichen Funktion und der Kenntnis der anvertrauten Tatsache³⁰⁷.

[Rz 226] Unter Geheimnissen sind gem. bundesgerichtlicher Rechtsprechung Tatsachen der Gegenwart und Vergangenheit zu verstehen, die nur einem begrenzten Personenkreis bekannt oder zugänglich sind, die der Geheimnisherr geheim halten will und an deren Geheimhaltung er ein berechtigtes Interesse hat³⁰⁸. Das Geheimnis muss dem Arzt aufgrund seines Berufes bekannt geworden sein, unabhängig davon, ob es ihm anvertraut oder bloss bei der Ausübung seines Berufs wahrgenommen wurde³⁰⁹. Zeitlich gehen Geheimnisse über den Tod hinaus und sie erstrecken sich auch auf Aussagen, die über Drittpersonen gemacht werden, z.B. auf die namentliche Bekanntgabe von Sexualpartnern des HIV-Patienten an seinen Arzt³¹⁰. Die ärztliche Schweigepflicht schützt sowohl die individuellen Interessen als auch die Gesundheit der Allgemeinheit, denn die Patienten würden sich dem Arzt nicht anvertrauen, wenn sie befürchten müssten, dass dieser das Geheimnis weitergibt³¹¹.

[Rz 227] Gebrochen ist die Schweigepflicht, wenn der Arzt das Berufsgeheimnis offenbart. Dies ist der Fall, wenn er das Geheimnis auf beliebige Weise (mündlich und schriftlich) jemandem zugänglich macht, wobei bereits die Bestätigung einer Vermutung eines Dritten genügt³¹².

bb. Verhältnis zum Amtsgeheimnis (Art. 320 StGB)

[Rz 228] Als Sonderdelikt umfasst der Täterkreis von Art. 320 StGB nur Beamte i.S.v. Art. 110 Ziff. 3 StGB und

Behördenmitglieder³¹³. Gem. der Legaldefinition von Art. 110 Ziff. 3 StGB sind Beamte Angestellte einer öffentlichen Verwaltung und der Rechtspflege sowie Personen, die provisorisch ein Amt bekleiden oder provisorisch in einer öffentlichen Verwaltung oder der Rechtspflege angestellt sind oder vorübergehend eine amtliche Funktion ausüben.

[Rz 229] Ist der Arzt in einem öffentlichen Spital tätig, so untersteht er für seine betrieblichen Wahrnehmungen dem Amtsgeheimnis gem. Art. 320 StGB und, für die Behandlung seiner Patienten, dem Berufsgeheimnis gem. Art. 321 StGB³¹⁴. Ist der Arzt in einem Privatspital oder einer Privatpraxis tätig, kommt ausschliesslich Art. 321 StGB zur Anwendung. Der beamtete oder öffentlich-rechtlich angestellte Arzt wie auch der privatrechtlich tätige Arzt unterstehen in gleicher Weise der beruflichen Schweigepflicht. Da es vorliegend um Kenntnisse bzgl. der Behandlung von Patienten geht, kann auf die Ausführungen zu Art. 320 StGB verwiesen werden.

cc. Inhalt und Reichweite des Berufsgeheimnisses in der medizinischen Forschung gem. Art. 321bis StGB

[Rz 230] Art. 231bis StGB ist seit dem 1. Juli 1993 in Kraft und wurde aufgrund des Datenschutzgesetzes in das StGB aufgenommen³¹⁵. Es erweitert den von Art. 321 StGB gewährten Geheimnisschutz in der Medizin und dem Gesundheitsschutz im Zusammenhang mit der Forschung³¹⁶. Dieser Schutzbereich ist vorliegend von grosser Relevanz, da die Aids-Forschung sehr intensiv betrieben wird³¹⁷.

[Rz 231] Täter können laut Abs. 1 von Art. 321bis StGB nur Personen sein, die eine Tätigkeit für die Forschung im Bereich der Medizin oder des Gesundheitswesens ausüben, wobei dies nicht nur Ärzte, sondern z.B. auch Biochemiker oder Statistiker sein können.

[Rz 232] Schutzobjekt bilden Geheimnisse im Sinne des bereits bei Art. 321 StGB erläuterten Begriffs³¹⁸.

[Rz 233] Die Handlung des Offenbarens muss unbefugterweise erfolgen, d.h. ohne ausdrückliche Einwilligung des Patienten³¹⁹. Jedoch erfüllt die Forschung mit anonymisierten Daten, anhand deren keine Rückschlüsse auf die Identität des Patienten gezogen werden können, den Tatbestand nicht³²⁰.

[Rz 234] Anzumerken bleibt, dass Ärzte, die im Zusammenhang mit ihrer Behandlungstätigkeit Daten ihrer Patienten

³⁰² STRATENWERTH/BOMMER: Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, S. 451.

³⁰³ TAG: Strafrecht im Arztalltag, S. 746.

³⁰⁴ BGE 75 IV 71, 73.

³⁰⁵ TAG: Strafrecht im Arztalltag, S. 747.

³⁰⁶ TAG: Strafrecht im Arztalltag, S. 747.

³⁰⁷ BSK-OBERHOLZER: Art. 321 StGB, Rz. 12.

³⁰⁸ BGE 127 IV 122, 125.

³⁰⁹ DONATSCH/WOHLERS: Strafrecht IV, S. 566.

³¹⁰ DONATSCH/WOHLERS: Strafrecht IV, S. 567.

³¹¹ BGE 87 IV 105, 107, TAG: Strafrecht im Arztalltag, S. 746.

³¹² DONATSCH/WOHLERS: Strafrecht IV, S. 567.

³¹³ DONATSCH/WOHLERS: Strafrecht IV, S. 550 f.

³¹⁴ DONATSCH/WOHLERS: Strafrecht IV, S. 556.

³¹⁵ BSK-OBERHOLZER: Art. 321bis StGB, Rz. 1.

³¹⁶ PK-TRECHSEL/VEST: Art. 321bis StGB, Rz. 2, StGB-FLACHSMANN: Art. 321bis StGB, Rz. 2. DONATSCH/WOHLERS: Strafrecht IV, S. 575.

³¹⁷ Vgl. Teil II Ziff. B.

³¹⁸ Vgl. Teil II Ziff. C.III.3.a.aa.

³¹⁹ DONATSCH/WOHLERS: Strafrecht IV, S. 576.

³²⁰ DONATSCH/WOHLERS: Strafrecht IV, S. 576 f.

erfahren haben und selber mit diesen forschen, nur Art. 321 StGB unterstehen³²¹.

[Rz 235] Die Rechtslage 1991 kannte noch kein Berufsgeheimnis in der medizinischen Forschung. KUNZ kritisierte dies³²². Die Ausdehnung des Berufsgeheimnisses auf die medizinische Forschung ist auf jeden Fall zu begrüssen.

dd. Auswirkungen des ärztlichen Berufsgeheimnisses im Strafverfahren gem. Art. 171 StPO

[Rz 236] Für Ärzte bestehen Zeugnisverweigerungsrechte gem. Art. 170 StPO (Amtsgeheimnis) und Art. 171 StPO (Berufsgeheimnis). Vorliegend soll wiederum auf das Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund des Berufsgeheimnisses gem. Art. 171 StPO eingegangen werden. Sowohl Täterkreis als auch Schutzbereich sind kohärent mit Art. 321 StGB, d.h. die Berufe in der medizinischen Forschung gem. Art. 321bis StGB sind nicht erfasst³²³. Schutzbereich ist das Geheimnis des Patienten, welches dem Arzt aufgrund seines Berufes bekannt wurde³²⁴. Dabei handelt es sich um eine Zeugnisverweigerungspflicht und nicht nur um ein Recht³²⁵.

b. Durchbrechung des Arztgeheimnisses gem. Art. 321 StGB

aa. Überblick

[Rz 237] Art. 321 Ziff. 2 StGB nennt drei Einschränkungen der Schweigepflicht: der Arzt macht sich nicht strafbar, wenn er das Geheimnis aufgrund einer Einwilligung des Berechtigten und wenn er das Geheimnis aufgrund eines Gesuchs und daraufhin erteilten schriftlichen Bewilligung der vorgesetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde offenbart hat. Weiterhin bleiben eidgenössische und kantonale Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde vorbehalten.

[Rz 238] Daneben existieren auch Anzeigepflichten gem. Art. 321 Ziff. 3 StGB i.V.m. Art. 14 StGB, bei deren Anwendung die Strafbarkeit entfällt.

bb. Einwilligung gem. Art. 321 Ziff. 2 StGB

[Rz 239] Erste und häufigste Einschränkung ist die Einwilligung der betroffenen Person. Diese setzt Urteilsfähigkeit bezüglich der Tragweite des Entscheides voraus; sie ist nicht an eine bestimmte Form gebunden, muss aber vor der Offenbarung erteilt werden. Sie darf weder durch Täuschung noch durch widerrechtliche Drohung erwirkt werden. Eine

nachträglich erteilte Einwilligung entfaltet keine rückwirkende Kraft³²⁶.

cc. Bewilligung der vorgesetzten Behörde gem. Art. 321 Ziff. 2 StGB

[Rz 240] Auch die Bewilligung der vorgesetzten Behörde vermag die Schweigepflicht einzuschränken. Ist dem Arzt nicht klar, ob er ein Geheimnis aufgrund eines Melderechts offenbaren darf oder muss, hat er die Möglichkeit, ein Gesuch an die vorgesetzte Behörde oder Aufsichtsbehörde zu richten. Wird von dieser die schriftliche Bewilligung zur Offenbarung erteilt, ist der Geheimnisbruch nicht strafbar.³²⁷ Auf die Sonderregelung von Art. 321 Ziff. 3 StGB, wonach die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnis- und Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde vorbehalten bleiben, wird unter Ziff. dd näher eingegangen.

dd. Eidgenössische und kantonale Bestimmungen gem. Art. 321 Ziff. 2 StGB

[Rz 241] Weiter ist die Sonderregelung von Art. 321 Ziff. 2 StGB zu beachten. Demnach bleiben die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnis- und Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde vorbehalten. Einschlägig könnte bei HIV/Aids die Meldepflicht gem. Art. 27 EpG sein³²⁸. Eine gesetzliche Anzeigepflicht ist z.B. die Pflicht zur Meldung übertragbarer Krankheiten und entsprechender Verdachtsfälle an die zuständige kantonale Stelle gem. Art. 28 EpG³²⁹. Diese gesetzliche Meldepflicht bzw. Anzeigepflicht stellt einen Rechtfertigungsgrund gem. Art. 14 StGB dar³³⁰.

ee. Zeugnispflicht gem. Art. 171 StPO

[Rz 242] Gemäss Art. 171 Abs. 2 StPO hat der Arzt auszusagen, wenn im Sinne von lit. a aufgrund eines eidgenössischen oder kantonalen Rechts eine Pflicht des Zeugnisverweigerungsberechtigten zur Auskunft oder Anzeige besteht oder wenn der Geheimnisherr den Arzt gem. lit. b von der Geheimnispflicht entbunden hat, wobei das Gesuch um Entbindung nur vom Geheimnisträger selbst, d.h. vom Arzt, gestellt werden kann³³¹. Sagt der Arzt aus, obwohl es an einer entsprechenden Entbindung fehlt, so sind die aus der Aussage

³²¹ DONATSCH/WOHLERS: Strafrecht IV, S. 578.

³²² GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 328 f.

³²³ BSK-VEST/HORBER: Art. 171 StPO, Rz. 1; es bestehen verschiedene Meinungen über das Verhältnis des materiellen und verfahrensrechtlichen Geheimnisschutzes. Diesbezüglich soll auf die Ausführungen von SCHMID und die Erläuterungen in den Kommentaren hingewiesen werden.

³²⁴ BSK-VEST/HORBER: Art. 171 StPO, Rz. 2 f.

³²⁵ SCHMID: Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, S. 380.

³²⁶ TAG: Strafrecht im Arztalltag, S. 750.

³²⁷ Zu den damit zusammenhängenden Problematiken und weiteren Ausführungen vgl. TAG: Strafrecht im Arztalltag, S. 749 ff. m.w.H.

³²⁸ Vgl. die Ausführungen zu Art. 27 EpG in der öffentlich-rechtlichen Abhandlung in Teil II Ziff. C.I.3.c.bb.

³²⁹ Vgl. Teil II Ziff. C.I.3.c.bb.

³³⁰ BSK-OBERHOLZER: Art. 321 StGB, Rz. 24, Tag: Strafrecht im Arztalltag, S. 753. Vgl. aber auch BSK-SEELMANN: Art. 14 StGB, Rz. 1 und Rz. 11, welcher Art. 14 StGB als obsolet betrachtet und die Rechtfertigung in Art. 321 StGB oder Art. 17 StGB als hinreichend erachtet.

³³¹ BSK-OBERHOLZER: Art. 321 StGB, Rz. 19, BSK-VEST/HORBER: Art. 171 StPO, Rz. 12.

gewonnen Erkenntnisse nicht verwertbar, ausser die Entbindung von der Geheimnispflicht erfolgt nachträglich³³².

[Rz 243] Die Aussagepflicht kann jedoch trotz erfolgter Entbindung vom Berufsgeheimnis eingeschränkt werden, sollte der Geheimnisträger gem. Art. 171 Abs. 3 StPO glaubhaft machen, dass das Geheimhaltungsinteresse des Geheimnisherrn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Denkbar wäre bezüglich HIV/Aids eine solche Situation, wenn der HIV-Infizierte oder Aids-Erkrankte seinen Arzt von der Schweigepflicht zwar entbunden hat, bei einer Bekanntgabe der Diagnose mit dem genauen Krankheitsverlauf durch den Arzt jedoch mit einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes bzw. Krankheitsverlaufs des Patienten zu rechnen wäre³³³.

ff. Allgemeine Rechtfertigungsgründe

[Rz 244] Als Einschränkung der Schweigepflicht gilt die mutmassliche Einwilligung. Diese betrifft Situationen, in denen der Patient der Weitergabe seines HIV-Status dem Arzt nicht zustimmen konnte, aber vermutungsweise zugestimmt hätte, wenn er dazu in der Lage gewesen wäre. Beispielsweise kann dies der Fall sein, wenn der Patient bewusstlos ins Spital eingeliefert wird und der Arzt anhand von Indizien prüfen muss, ob der Patient sich mutmasslich damit einverstanden erklären würde, dass er Dritte über den Gesundheitszustand des Patienten unterrichtet³³⁴.

[Rz 245] Möchte der HIV-positive Patient seine Infektion weder seinem Sexualpartner mitteilen noch Verhütungsmassnahmen vornehmen, so ist zu prüfen, ob eine Notwehrlage gem. Art. 15 StGB vorliegt. Der Arzt hätte dann die Möglichkeit, die Krankheit gegenüber Personen zu offenbaren, die sich durch den Kontakt mit dem Kranken anstecken könnten. Die erste Voraussetzung ist, dass ein Angriff oder unmittelbarer Angriff auf den Sexualpartner vorliegt. Ein Angriff ist «jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlich geschützter Interessen»³³⁵. Der Beischlaf des HIV-Infizierten mit seinem Sexualpartner ist als menschliches Verhalten zu qualifizieren; die drohende Verletzung liegt in der Verletzung der körperlichen Unversehrtheit gem. Art. 123 StGB. Somit ist ein Angriff gegeben. Dieser Angriff muss bereits im Gange sein oder unmittelbar bevorstehen, was gegeben ist, sobald die Rechtsgutverletzung gegenwärtig ist und noch andauert, d.h. die Bedrohung aktuell und konkret ist³³⁶. In der Praxis würde die Nothilfe an diesem Punkt scheitern, da der Arzt handeln müsste, wenn der Angriff stattfindet, d.h. der Sexualkontakt gegenwärtig ist oder er unmittelbar bevorsteht.

Die Präventionsnotwehrhilfe fällt unter Notstand gem. Art. 17 StGB³³⁷.

[Rz 246] Bei gleicher Sachverhaltskonstellation (HIV-Infizierter, der aufgrund seines Verhaltens seinen Sexualpartner einer potentiellen Infektion exponiert) ist der Notstand gem. Art. 17 StGB erfüllt, wenn der Arzt durch sein Verhalten höherwertige Interessen wahren kann. Voraussetzung ist, dass eine Notstandslage vorliegt, wobei hierfür (im Gegensatz zu Art. 15 StGB) eine Bedrohung ausreicht³³⁸. Wie bei Art. 15 StGB muss die Gefahr eine unmittelbare sein, womit die Gefahr, d.h. die Information des Arztes über die HIV-Infektion seines Patienten an den Sexualpartner, erst im letzten Zeitpunkt zulässig ist, bevor sie zu spät sein könnte³³⁹. Liegt eine solche Situation vor, so gilt auch hier wie bei der Notwehr, dass der Arzt den Amtsarzt bzw. Kantonsarzt und dieser dann mit dem Sexualpartner in Kontakt treten kann. Eine direkte Partnernotifikation ist aufgrund der Erörterungen im öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Teil an sich nicht möglich. Lediglich in Situationen, in denen die Zeitdauer für diesen Amtsweg den Erfolg der Intervention mit hoher Wahrscheinlichkeit in Frage stellen würde, wäre der Ausnahmefall einer direkten Partnernotifikation durch Art. 15 StGB gerechtfertigt.

c. Durchbrechung des Berufsgeheimnisses in der medizinischen Forschung gem. Art. 321^{bis} StGB

[Rz 247] Kern von Art. 321^{bis} StGB bildet dessen Abs. 2, wonach ein Rechtfertigungsgrund für die Offenbarung von Berufsgeheimnissen ohne die Einwilligung des Patienten geschaffen wurde³⁴⁰. Ohne diese Rechtfertigung wäre es dem Arzt verunmöglicht, Daten aus seinen Patientenbeziehungen der Forschung zur Verfügung zu stellen³⁴¹. Dafür müssen die drei kumulativen Voraussetzungen von Art. 321^{bis} Abs. 3 lit. a–c StGB erfüllt sein. Erstens müsste, bezogen auf die vorliegende Fragestellung, die Forschung von HIV/Aids nicht mit anonymisierten Daten durchgeführt werden können; zweitens muss es unmöglich oder unverhältnismässig schwierig sein, die Einwilligung des Berechtigten bzw. HIV-Infizierten einzuholen, und es müssen drittens die Forschungsinteressen gegenüber den Geheimhaltungsinteressen überwiegen. Der Expertenkommission verbleibt ein weiter Ermessensbereich, der immerhin durch die VOBG im Bereich der medizinischen Forschung ansatzweise konkretisiert ist³⁴². Insgesamt sind kaum Konstellationen denkbar, in denen die Voraussetzungen von Art. 321^{bis} Abs. 3 lit. a–c StGB für die medizinische Forschung erfüllt sein könnten.

³³² PK-SCHMID: Art. 171 StPO, Rz. 9.

³³³ BSK-VEST/HORBER: Art. 171 StPO, Rz. 14. Auf diese Problematik (therapeutisches Privileg) wird in Teil III eingegangen.

³³⁴ TAG: Strafrecht im Arztalltag, S. 750.

³³⁵ BSK-SEELMANN: Art. 15 StGB, Rz. 4.

³³⁶ BSK-SEELMANN: Art. 15 StGB, Rz. 6.

³³⁷ BGE 122 IV 1, 5.

³³⁸ BSK-SEELMANN: Art. 17 StGB, Rz. 3.

³³⁹ STRATENWERTH: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, S. 239; DONATSCH/WOHLERS: Strafrecht IV, S. 572.

³⁴⁰ PK-TRECHSEL/VEST: Art. 321^{bis} StGB, Rz. 6.

³⁴¹ BSK-OBERHOLZER: Art. 321^{bis} StGB, Rz. 7.

³⁴² BSK-OBERHOLZER: Art. 321^{bis} StGB, Rz. 9 f.

d. Zwischenfazit

[Rz 248] Der Arzt untersteht bezüglich seines beruflich erworbenen Wissens über den Gesundheitszustand des Patienten der Geheimhaltungspflicht gem. Art. 320 f. StGB. Ebenfalls unterstehen – im Gegensatz zur rechtlichen Situation von 1990 – Medizinalpersonen im Bereich der medizinischen Forschung der Geheimhaltungspflicht gem. Art. 321^{bis} StGB.

[Rz 249] Eine Durchbrechung des Arztgeheimnisses ist aufgrund der in Art. 321 Ziff. 2 und 3 StGB verankerten Rechtfertigungsgründe im Ausnahmefall möglich, d.h. aufgrund der Einwilligung des Patienten, der Bewilligung der vorgesetzten Behörde oder auf der Grundlage einer eidgenössischen oder kantonalen Bestimmung. Ebenfalls kommen als Rechtfertigungsgründe die Zeugnispflicht gem. Art. 171 StPO sowie die allgemeinen Rechtfertigungsgründe (v.a. Notstand) in Betracht. Liegt ein Notstand i.S. von Art. 17 StGB vor, hat der Arzt den Amtsarzt bzw. Kantonsarzt zu informieren. Dieser kann die notwendigen Massnahmen vornehmen, d.h. die Kontaktperson informieren. Eine direkte Partnernotifikation durch den Arzt ist nur im Ausnahmefall gestattet.

[Rz 250] Eine Durchbrechung der Geheimnispflicht ist auch in der medizinischen Forschung gem. Art. 321bis StGB denkbar, wobei die Voraussetzungen von Art. 321 Abs. 1 lit. a–c StGB erfüllt sein müssen, was im Zusammenhang mit HIV/Aids kaum je der Fall sein dürfte.

4. Strafrechtliche Zulässigkeit epidemiologischer Studien

a. Anonymous Unlinked Testing

aa. Rechtsfragen

[Rz 251] Das Anonymous Unlinked Testing wurde im öffentlich-rechtlichen Teil und im privatrechtlichen bereits beschrieben und auf seine Rechtmässigkeit geprüft³⁴³. Es werden Reste von Blutproben, welche zu anderen Zwecken mit Einwilligung des Patienten entnommen wurden, für die anonyme epidemiologische Aids-Forschung genutzt. Um keine Verzerrungseffekte zu erhalten, ist auf die Einwilligung der betroffenen Personen zu verzichten. Die rechtliche Zulässigkeit wurde bereits im öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Teil geprüft³⁴⁴. Hier geht es einzig um die Beurteilung der Strafbarkeit solcher Studien.

bb. Strafbarkeit der das Blut entnehmenden Person bzw. der die epidemiologischen Studien durchführenden Personen

[Rz 252] Nach der Ansicht von KUNZ kann eine Strafbarkeit im Sinne einer vorsätzlichen Körperverletzung gem. Art. 123 StGB oder einer fahrlässigen Körperverletzung gem. Art. 125 StGB vorliegen, wenn diejenige Person, welche dem Patienten das Blut entnimmt, um den HIV-Test weiss bzw.

dieser voraussehbar ist und sie den Patienten trotzdem nicht aufklärt³⁴⁵.

[Rz 253] Sowohl ZENGER als auch GUILLOD weisen ausdrücklich darauf hin, dass auf die Einwilligung derer, von denen das Blut stammt, zu verzichten ist, ansonsten Verzerrungseffekte zu erwarten sind³⁴⁶. Würde der Argumentation von KUNZ gefolgt, würde ein Widerspruch zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht einerseits und Strafrecht andererseits entstehen.

[Rz 254] Im öffentlich-rechtlichen Teil wurde dargelegt, dass dieses Vorgehen zulässig ist und dem Datenschutz genügend Rechnung getragen wird, wenn die Anonymisierung garantiert werden kann und eine zumindest auf Verordnungsstufe angesiedelte gesetzliche Grundlage besteht³⁴⁷. Ist nun ein entsprechendes Vorgehen zulässig, wäre es stossend, wenn die Person, welche das Blut entnimmt sowie die Person, welche die epidemiologische Studie durchführt, strafrechtlich belangt werden könnte. Gleicher Ansicht ist auch TRECHSEL³⁴⁸.

b. Heimliche, nicht-anonyme systematische Tests für epidemiologische Zwecke

aa. Erfasste Rechtsfragen

[Rz 255] KUNZ äussert sich zu dieser Testkonstellation nicht. Da diese Testart im öffentlich-rechtlichen Teil behandelt wurde, soll sie auch auf strafrechtlicher Ebene untersucht werden. Dabei steht wieder die Frage im Zentrum, ob die beteiligten Personen (diejenige Person, die Blut entnimmt, sowie diejenige Person, welche den Test durchführt) strafrechtlich belangt werden können.

bb. Strafbarkeit der das Blut entnehmenden Person bzw. der die epidemiologischen Studien durchführenden Personen

[Rz 256] Wie bereits dargelegt, stellt die Durchführung eines HIV-Tests eine leichte Körperverletzung gem. Art. 123 StGB dar. Geht man nun von der Situation aus, dass ein HIV-Test mit Einwilligung des Patienten durchgeführt wurde und die verbleibenden Blutreste ohne Einwilligung des Patienten und nicht anonymisiert für epidemiologische Zwecke untersucht werden, so macht sich das Pflegepersonal bzw. der Arzt der vorsätzlichen Körperverletzung gem. Art. 123 StGB strafbar. Für die Rechtfertigungsgründe kann auf die Ausführungen beim HIV-Test hingewiesen werden. War ein späterer HIV-Test «nur» voraussehbar, so macht sich das Pflegepersonal bzw. der Arzt einer fahrlässigen Körperverletzung gem. Art. 125 StGB strafbar, wenn anzunehmen ist, dass ihr Nichtwissen auf einer Sorgfaltspflichtverletzung beruht.

³⁴³ Vgl. Teil II Ziff. C.I. und Ziff. C.II.

³⁴⁴ Vgl. Teil II Ziff. C.I. und Ziff. C.II.

³⁴⁵ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 385 f.

³⁴⁶ GUILLOD/KUNZ/ZENGER: Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, S. 151 ff., 385.

³⁴⁷ Vgl. Teil II Ziff. C.I.2.c.

³⁴⁸ PK-TRECHSEL: vor Art. 122 StGB, Rz. 7.

[Rz 257] Diejenige Person, welche die Studie durchführt, macht sich grundsätzlich nicht strafbar, da die labortechnische Untersuchung bereits entnommenen Blutes keinen selbständigen Eingriff in die körperliche Integrität darstellt.

5. Strafbarkeit des HIV-Infizierten

a. Rechtsfragen

[Rz 258] Die strafrechtliche Beurteilung der Ansteckung mit HIV/Aids durch sexuelle Kontakte ist sehr umstritten und wird kontrovers diskutiert³⁴⁹. KUNZ behandelt diese Frage im Gutachten von 1991 nicht. Sie ist jedoch ein praktisch wichtiges Thema, das insbesondere in der Aids-Politik und sowohl für den HIV-Infizierten als auch für die Kontaktperson und den Arzt von tragender Bedeutung ist. Bereits im öffentlich-rechtlichen Teil sowie auch im privatrechtlichen Teil wurde mehrfach insbesondere auf das Verbreiten menschlicher Krankheiten gem. Art. 231 StGB hingewiesen. Deshalb soll vorliegend eine etwas ausgedehntere Prüfung der Strafbarkeit des HIV-Infizierten vorgenommen werden.

b. Fahrlässige Tötung gem. Art. 117 StGB

[Rz 259] Die fahrlässige Körperverletzung setzt gem. Art. 117 StGB voraus, dass ein Mensch getötet wird. Die Tathandlung kann in jeder beliebigen Handlung bestehen, die für den Tod des Menschen ursächlich geworden ist. Indem der Seropositive mit seinem Partner Sexualverkehr hat und diesen ansteckt, worauf dieser stirbt (der Tod muss nicht unmittelbar sein), ist der objektive Tatbestand erfüllt.

[Rz 260] In subjektiver Hinsicht ist Fahrlässigkeit erforderlich, was gem. Art. 12 Abs. 3 StGB dann gegeben ist, wenn der Täter eine Sorgfaltspflichtwidrigkeit begeht. Die Sorgfaltspflichtwidrigkeit ist gegeben, wenn der Täter «zum Zeitpunkt der Tat aufgrund der Umstände sowie seiner Kenntnisse und Fähigkeiten die damit bewirkte Gefährdung der Rechtsgüter des Opfers hätte erkennen können und müssen und wenn er zugleich die Grenzen des erlaubten Risikos überschritt»³⁵⁰. Ob eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, muss im Einzelfall geprüft werden. Da die Symptome von HIV/Aids für den medizinischen Laien kaum mit HIV/Aids in Verbindung gebracht werden, ist davon auszugehen, dass Fahrlässigkeit nur selten vorliegt. Sie ist jedoch in jenen Fällen denkbar, in denen der Täter mit einer HIV-Infizierten Person Geschlechtsverkehr hatte, wobei er über die HIV-Infektion des Geschlechtspartners wusste, und ohne medizinische Abklärung mit einer weiteren (nicht infizierten) Person in ungeschützten sexuellen Kontakt kommt. Das Vertrauen darauf, dass sich der Täter nicht angesteckt hat bzw. dass er seinen Sexualpartner nicht anstecken wird, könnte als Sorgfaltspflichtwidrigkeit gewertet werden, selbst wenn die Ansteckungsgefahr eher gering ist.

c. Körperverletzung gem. Art. 122 ff. StGB

aa. Schwere Körperverletzung gem. Art. 122 StGB

[Rz 261] Die schwere Körperverletzung setzt gem. Art. 122 Abs. 1 StGB voraus, dass ein Mensch lebensgefährlich verletzt wird. Diese Lebensgefahr liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, wenn sich die «Möglichkeit des Todes dermassen verdichtet, dass sie zur ernstlichen und dringlichen Wahrscheinlichkeit wird»³⁵¹. Hat der Seropositive Geschlechtsverkehr mit einer Kontaktperson, so besteht zwar die Gefahr, dass sich diese mit dem HI-Virus infiziert, jedoch besteht hierbei keine Sicherheit und aufgrund der heutigen Therapiemöglichkeiten ist nicht mit einer dringlichen Wahrscheinlichkeit des Todes zu rechnen³⁵².

[Rz 262] Eine schwere Körperverletzung ist gemäss Art. 122 Abs. 2 StGB auch gegeben, wenn bleibende Nachteile gegeben sind. Damit ist eine dauernde und irreversible Beeinträchtigung der Gesundheit gemeint³⁵³. Das Gesetz sagt nichts über den geforderten Grad der Beeinträchtigung. Ist bei der körperlichen Beeinträchtigung eine Verstümmelung oder Unbrauchbarmachung eines Organs verlangt, so hat dies sinngemäss auch für die Beeinträchtigung der Gesundheit zu gelten³⁵⁴. Die Fälle der Beeinträchtigung der Gesundheit, welche nach Qualität und Auswirkung den aufgezählten Fällen von Abs. 1 und Abs. 2 entsprechen, sind in der Generalklausel gem. Art. 122 Abs. 3 StGB enthalten. Merkmale, die zu berücksichtigen sind, sind insbesondere eine lange Dauer des Spitalaufenthalts, der Grad der Arbeitsunfähigkeit, der Grad der Invalidität sowie die erlittenen Schmerzen³⁵⁵. Der Anwendungsbereich ist durch den medizinischen Fortschritt stark eingeschränkt³⁵⁶. Was vor zwanzig Jahren noch unter schwerer Körperverletzung zu subsumieren war, ist heute des Öfteren nur noch als einfache Körperverletzung zu werten. ROTH/BERKEMEIER erwähnen als Beispiel die Ansteckung mit Syphilis, jedoch ist ihrer Meinung nach die Ansteckung mit HIV/Aids noch immer als schwere Körperverletzung zu werten³⁵⁷.

[Rz 263] Es wurde ausgeführt, dass HIV/Aids heute gut therapierbar ist und der Normalisierungsprozess bereits weit fortgeschritten ist. Eine lange Dauer des Spitalaufenthalts ist grundsätzlich nicht gegeben, da HIV-Infizierte in der Regel ambulant behandelt werden und auch die Arbeitsfähigkeit bleibt bei frühzeitiger Diagnose und Einnahme der Medikamente erhalten. Jedoch ist eine schwere Körperverletzung auch dann gegeben, wenn der Grad der Beeinträchtigung doch erheblich ist, d.h. die teilweise Heilung lange Zeit

³⁵¹ BGE 109 IV 18, 20.

³⁵² Ähnlich auch BSK-ROTH/BERKEMEIER: Art. 122 StGB, Rz. 9.

³⁵³ PK-TRECHSEL: Art. 122 StGB, Rz. 7.

³⁵⁴ Gleicher Ansicht auch BSK-ROTH/BERKEMEIER: Art. 122 StGB, Rz. 16.

³⁵⁵ PK-TRECHSEL: Art. 122 StGB, Rz. 9.

³⁵⁶ BSK-ROTH/BERKEMEIER: Art. 122 StGB, Rz. 22.

³⁵⁷ BSK-ROTH/BERKEMEIER: Art. 122 StGB, Rz. 23.

³⁴⁹ Z.B. PK-TRECHSEL: Art. 231 StGB, Rz. 9.

³⁵⁰ BGE 130 IV 7, 10.

dauert und grosse Schmerzen verursacht sowie wenn eine Einbusse der Lebensqualität gegeben ist³⁵⁸. HIV/Aids ist eine chronische Krankheit, die (noch) nicht heilbar ist. Eine Einbusse der Lebensqualität ist gegeben, da das Opfer nun beim Geschlechtsverkehr Schutzmassnahmen vorkehren, regelmässig Medikamente einnehmen und bis zu ihrem Tode mit dieser Krankheit leben muss. Eine solche Diagnose ist auch psychisch sehr belastend. Die Ansteckung mit HIV/Aids ist deshalb als schwere Beeinträchtigung in die Gesundheit zu werten.

[Rz 264] In subjektiver Hinsicht wird Vorsatz gem. Art. 12 Abs. 2 StGB gefordert. Da der HIV-Infizierte damit rechnen muss, dass er seinen Sexualpartner anstecken könnte, ist Eventualvorsatz gegeben.

[Rz 265] Hat die Ansteckung trotz Geschlechtsverkehr nicht stattgefunden, handelt es sich um eine versuchte schwere Körperverletzung.

[Rz 266] In einem weiteren Schritt sind die Rechtfertigungsgründe zu prüfen. Laut der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Rechtfertigung gegeben, wenn der urteilsfähige Partner in Kenntnis der Infektion und des Ansteckungsrisikos mit dem ungeschützten Sexualverkehr einverstanden ist³⁵⁹. Dies bedeutet eine Änderung der früheren Rechtsprechung. Im Jahre 1994 anerkannte das Obergericht des Kantons Aargaus die Einwilligung des Opfers nicht als Rechtfertigungsgrund³⁶⁰.

bb. Fahrlässige Körperverletzung gem. Art. 125 StGB

[Rz 267] Gem. Art. 125 Abs. 2 StGB ist eine fahrlässige Körperverletzung schwer, wenn sie die Qualifikationsmerkmale der schweren Körperverletzung gem. Art. 122 StGB erfüllt³⁶¹. Bei der Infizierung mit HIV/Aids ist der Tatbestand der schweren Körperverletzung wie erläutert gegeben. Ob eine Fahrlässigkeit bzw. Sorgfaltspflichtwidrigkeit vorliegt, muss im Einzelfall geprüft werden. Es kann hierbei auf die Ausführungen unter Teil II Ziff. C.III.5.c.aa. verwiesen werden.

d. Verbreiten menschlicher Krankheiten (Art. 231 StGB)

aa. Herrschende Lehre und aktuelle Praxis

[Rz 268] Strafbar macht sich gemäss Art. 231 StGB, wer eine gefährliche übertragbare menschliche Krankheit verbreitet. Die h.L. und die bundesgerichtliche Praxis gehen davon aus, dass die Gemeingefahr vom Infizierten auszugehen hat³⁶².

[Rz 269] Eine übertragbare menschliche Krankheit liegt vor, wenn sie durch Erreger verursacht wird und unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden kann³⁶³. Die Übertragbarkeit reicht aus, die Verbreitung ist nicht erforderlich³⁶⁴. Gefährlich ist sie, wenn «sie die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung eröffnet»³⁶⁵. HIV/Aids ist als gefährliche Krankheit zu qualifizieren obwohl zwar die Gefahr des Todes zumindest nicht unmittelbar gegeben ist, jedoch eine schwere Gesundheitsbeeinträchtigung vorliegt³⁶⁶. Nach h.L. und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Tat bereits dann vollendet, wenn die Krankheit auf eine einzige Person übertragen wird, weil diese Person weitere Menschen infizieren kann³⁶⁷.

[Rz 270] Art. 231 StGB stellt nicht nur die vorsätzliche (Ziff. 1) sondern auch die fahrlässige Begehung unter Strafe (Ziff. 2). Der Fahrlässigkeitstatbestand wird allerdings mit Inkrafttreten der jüngsten Revision der Bestimmung, die zusammen mit dem Epidemiengesetz verabschiedet worden ist, dahinfallen.

[Rz 271] Auch wenn der Infizierte seinen Sexualpartner aufklärt und Letzterer in den ungeschützten Geschlechtsverkehr einwilligt, ist der Infizierte trotzdem gem. Art. 231 StGB – aber nicht wegen Körperverletzung gem. Art. 122 ff. StGB – strafbar. Grund dafür ist, dass Art. 231 StGB ein öffentliches Rechtsgut schützt und eine Einwilligung eines Einzelnen in die Verletzung eines öffentlichen Rechtsguts nicht möglich ist.

bb. Kritik

[Rz 272] Die Anwendung von Art. 231 StGB auf die Übertragung von HIV/Aids wird in den letzten Jahren vermehrt kritisiert.

[Rz 273] Gemäss der Ansicht von BEGLINGER ist die heute herrschende Lehre und aktuelle Praxis als «Mittelbarkeits-theorie» zu qualifizieren. Diese ist so zu verstehen, dass die Gemeingefahr vom (Zweit-)Infizierten ausgeht, nicht vom Täter direkt. Dem stellt er die «Unmittelbarkeits-theorie» gegenüber. Nach dieser Theorie liegt die Tathandlung in der Schaffung einer gegen die Allgemeinheit gerichteten Gemeingefahr bzw. Infektionsgefahr, die zur Infektion beliebiger Zufallsopfer führen kann. Der Erfolg ist die Schädigung eines Infizierten. Demnach genügt nicht eine beliebige Ansteckung eines anderen mit der Krankheit. Vielmehr muss die Handlung zu einer Ansteckung eines vom Zufall ausgewählten

³⁵⁸ BSK-ROTH/BERKEMEIER: Art. 122 StGB, Rz. 20 f.

³⁵⁹ BGE 131 IV 1.

³⁶⁰ Entscheid des Obergerichts Aargau vom 20.01.1994, AGVE 1994, 39.

³⁶¹ BSK-ROTH/KESHELA: Art. 125 StGB, Rz. 4.

³⁶² DONATSCH/WOHLERS: Strafrecht IV, S. 78; BSK-BEGLINGER: Art. 231 StGB Rz. 1 ff.; vgl. für eine detaillierte Erörterung der unterschiedlichen Meinungen die Ausführungen von BSK-BEGLINGER, Art. 231 StGB, Rz. 1 ff., m.w.H., welcher zwischen einer Unmittelbarkeits-theorie und einer Mittelbarkeits-theorie differenziert.

³⁶³ DONATSCH/WOHLERS: Strafrecht IV, S. 78; vgl. auch Art. 2 Abs. 1 EpG.

³⁶⁴ BGE 125 IV 242, 245; DONATSCH/WOHLERS: Strafrecht IV, S. 78 f., STRATEN-WERTH/BOMMER: Schweizerisches Strafrecht, S. 82; anderer Ansicht PK-TRECHSEL: Art. 231 StGB, Rz. 12.

³⁶⁵ BSK-BEGLINGER: Art. 231 StGB, Rz. 21; DONATSCH/WOHLERS: Strafrecht IV, S. 78.

³⁶⁶ BSK-BEGLINGER: Art. 231 StGB, Rz. 21; DONATSCH/WOHLERS: Strafrecht IV, S. 78.

³⁶⁷ DONATSCH/WOHLERS: Strafrecht IV, S. 78; BGE 125 IV 242, 245.

Menschen führen. Demnach handelt beispielsweise tatbestandsmässig, wer sein krankes Kind zur Schule schickt oder verseuchte Blutproben vertreibt, nicht aber derjenige, der einem einzelnen Patienten verseuchtes Blut verabreicht bzw. eine Person durch ungeschützten Geschlechtsverkehr infiziert.³⁶⁸

[Rz 274] NIGGLI plädiert in seinem Gutachten zur Frage, ob eine Änderung von Art. 231 StGB angezeigt ist, für eine Revision von Art. 231 Ziff. 1 StGB bzw. eine Streichung des Fahrlässigkeitstatbestands gem. Art. 231 Ziff. 2 StGB. Seines Erachtens ist der Fahrlässigkeitstatbestand in der Praxis weitgehend bedeutungslos geblieben, was unter anderem mit der Schwere des Nachweises des Übertragungsweges der Krankheit sowie mit dem fehlenden Bedürfnis nach Ahndung fahrlässiger Krankheitsübertragungen im Medizinalbereich zu erklären ist. Art. 231 Ziff. 1 StGB sei dagegen dahingehend zu ändern, dass Fälle, bei denen sich eine Person aufgeklärt und freiwillig einem Ansteckungsrisiko aussetzt, straffrei bleiben sollen. Der objektive Tatbestand soll gleich bleiben, jedoch soll im Rahmen des subjektiven Tatbestands der Anwendungsbereich von Art. 231 Ziff. 1 StGB auf den direkten Vorsatz beschränkt werden. Dies mit der Begründung, dass die Handlung des Täters auf die Verbreitung der Krankheit abzielen muss. Als zusätzliches Tatbestandselement soll die «Böswilligkeit» hinzukommen. Die Böswilligkeit bedeutet, bezogen auf Art. 231 StGB, dass die Verbreitung der Krankheit Handlungsziel des Täters sein muss.³⁶⁹

[Rz 275] In ihrem Forschungsprojekt³⁷⁰ haben PÄRLI/MÖSCH die strafrechtliche Praxis der Schweiz zu HIV/Aids systematisch erhoben und reflektiert. Dabei kommen sie zum Schluss, dass sich die herrschende Strafrechtslehre und Präventionsfachleute einig sind, dass mittels Strafrecht präventives Verhalten nicht gefördert wird, d.h. dass durch den strafrechtlichen Umgang mit HIV/Aids kontraproduktive Effekte bezüglich der Stigmatisierung erzeugt werden können. Trotzdem kommt ihre Studie zum Resultat, dass in der ausgewerteten unterinstanzlichen Rechtsprechung keine Urteile vorhanden sind, welche die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 231 StGB bei einer HIV-Übertragung ablehnen oder überhaupt ernstlich in Frage stellen. Die bisherige Kritik aus der Lehre scheint also keine Berücksichtigung in der Rechtsprechung gefunden zu haben. Auch PÄRLI/MÖSCH erachten den heutigen Wortlaut bzw. die Anwendung von Art. 231 StGB als unangemessen. Sie postulieren die Überprüfung, ob auf Art. 231 StGB nicht ersatzlos verzichtet werden kann³⁷¹

[Rz 276] Von der Aids-Hilfe Schweiz wird Art. 231 StGB als

obsolet erachtet, da eine Kriminalisierung zu erwünschten Effekten, d.h. zu einer Verstärkung oder zumindest Erhaltung der Diskriminierung gegenüber HIV/Aids-Patienten führt³⁷².

cc. Revision von Art. 231 StGB

[Rz 277] Im Rahmen der Totalrevision des Epidemiengesetzes ist nun ein neuer Wortlaut von Art. 231 StGB verabschiedet worden³⁷³. Strafbar wird sich künftig nur noch machen, wer (vorsätzlich) aus gemeiner Gesinnung eine gefährliche übertragbare menschliche Krankheit verbreitet. Der Fahrlässigkeitstatbestand entfällt. Die von der Kommission für Soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates im Gesetzgebungsverfahren beantragten Verschärfungen wurden nicht übernommen. Die Kommission ergänzte den Ansatz von NIGGLI und wollte die Strafbarkeit begründen, wenn der Täter, nebst seinem böswilligen Handeln, die Krankheit skrupellos oder aus selbstsüchtigen Beweggründen verbreitet, was eine massive Ausweitung der Strafbarkeit bedeutet hätte. Begründet wurde dieser Antrag mit dem Präventionsgedanken.³⁷⁴

e. Zwischenfazit

[Rz 278] Grundsätzlich liegt bei einer Übertragung des HI-Virus ohne Schutzmassnahmen und ohne Einwilligung des Opfers nach dem vorläufig noch geltenden Rechtszustand sowohl eine schwere Körperverletzung gem. Art. 122 StGB als auch die Verbreitung einer menschlichen Krankheit gem. Art. 231 StGB vor³⁷⁵. Die beiden Delikte stehen in Idealkonkurrenz; es kommt zu einer Straferhöhung gem. Art. 49 Abs. 1 StGB³⁷⁶.

[Rz 279] Wurde das Opfer aufgeklärt und hat es dem ungeschützten Geschlechtsverkehr zugestimmt, dann ist der Tatbestand der schweren Körperverletzung gem. Art. 122 StGB – im Gegensatz zur Rechtsprechung von 1991 – nicht mehr erfüllt. In die Verletzung von Art. 231 StGB kann allerdings nach geltendem Meinungsstand nicht rechtmässig eingewilligt werden. Aufgrund der jüngsten Revision von Art. 231 StGB wird sich allerdings künftig nur noch strafbar machen, wer aus gemeiner Gesinnung eine Krankheit verbreitet. Diese dürfte im hier beschriebenen Fall zu verneinen sein, wenn das Opfer in die (mögliche) Ansteckung eingewilligt hat.

6.Fazit des strafrechtlichen Teils

[Rz 280] Die Blutentnahme zum Zwecke eines HIV-Tests erfüllt dem Tatbestand der einfachen Körperverletzung gem. Art. 123 StGB, welcher grundsätzlich durch die Einwilligung des Patienten gerechtfertigt werden kann. Ohne Einwilligung wird die Strafbarkeit begründet.

³⁶⁸ BSK-BEGLINGER: Art. 231 StGB, Rz. 1 ff.

³⁶⁹ NIGGLI: Ist eine Änderung von Art. 231 StGB angezeigt?, S. 33 ff. m.w.H.

³⁷⁰ PÄRLI/MÖSCH: Strafrechtlicher Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention.

³⁷¹ PÄRLI/MÖSCH: Strafrechtlicher Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention, S. 1261 ff., S. 1312 ff.; vgl. auch gleicher Artikel S. 1288 ff. für Rechtsvergleiche mit dem Ausland.

³⁷² AHS: Strafbarkeit der HIV-Übertragung, S. 12 f.

³⁷³ BBl 2012 8181.

³⁷⁴ <http://www.parlament.ch/d/mm/2011/Seiten/mm-sgk-n-2011-10-14.aspx>, besucht am 16. November 2012.

³⁷⁵ BSK-ROTH/BERKEMEIER: Art. 122 StGB, Rz. 9.

³⁷⁶ BSK-BEGLINGER: Art. 231 StGB, Rz. 1.

[Rz 281] Der Arzt untersteht über jegliches Wissen über den Gesundheitszustand des Patienten, das er im Rahmen seiner Tätigkeit erworben hat, der Geheimhaltungspflicht gem. Art. 320 f. StGB. Ebenfalls unterstehen – im Gegensatz zur rechtlichen Situation von 1991 – Medizinalpersonen im Bereich der medizinischen Forschung der Geheimhaltungspflicht gem. Art. 321bis StGB. Diese Geheimhaltungspflichten werden im Strafverfahren durch Zeugnisverweigerungsrechte abgesichert. Eine Durchbrechung des Arztgeheimnisses ist bei Vorliegen der in Art. 321 Ziff. 2 und 3 StGB verankerten Rechtfertigungsgründe im Ausnahmefall möglich, d.h. aufgrund der Einwilligung des Patienten, der Bewilligung der vorgesetzten Behörde oder auf der Grundlage einer eidgenössischen bzw. kantonalen Bestimmung. Ebenfalls kommen als Rechtfertigungsgrund die Zeugnispflicht gemäss Art. 171 StPO sowie die allgemeinen Rechtfertigungsgründe (Notwehr und Notstand) in Betracht. Liegen Notwehr oder Notstand vor, hat der Arzt grundsätzlich den Amtsarzt bzw. Kantonsarzt zu informieren. Dieser kann die notwendigen Massnahmen einleiten, d.h. die Kontaktpersonen informieren. Eine Durchbrechung der Geheimnispflicht ist auch in der medizinischen Forschung gem. Art. 321bis StGB denkbar, wobei die strengen Voraussetzungen von Art. 321bis Abs. 1 lit. a–c StGB erfüllt sein müssen.

[Rz 282] Grundsätzlich liegt bei einer Übertragung des HIV-Virus ohne Schutzmassnahmen und ohne Einwilligung des Opfers nach dem vorläufig noch geltenden Rechtszustand sowohl eine schwere Körperverletzung gem. Art. 122 StGB als auch die Verbreitung einer menschlichen Krankheit gem. Art. 231 StGB vor³⁷⁷. Die beiden Delikte stehen in Idealkonkurrenz; es kommt zu einer Straferhöhung gem. Art. 49 Abs. 1 StGB³⁷⁸. Wurde das Opfer aufgeklärt und hat es dem ungeschützten Geschlechtsverkehr zugestimmt, dann ist der Tatbestand der schweren Körperverletzung gem. Art. 122 StGB – im Gegensatz zur Rechtsprechung von 1991 – nicht mehr erfüllt. In die Verletzung von Art. 231 StGB kann allerdings nach geltendem Meinungsstand nicht rechtmässig eingewilligt werden. Aufgrund der jüngsten Revision von Art. 231 StGB wird sich allerdings künftig nur noch strafbar machen, wer aus gemeiner Gesinnung eine Krankheit verbreitet. Diese dürfte im hier beschriebenen Fall zu verneinen sein, wenn das Opfer in die (mögliche) Ansteckung eingewilligt hat.

IV. Würdigung der bisherigen Ergebnisse

[Rz 283] Sowohl im öffentlichen Recht wie auch im Privat- und Strafrecht fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage, die einen HIV-Test ohne Informed Consent zulassen würde. Im öffentlichen Recht liegt bei Verstoß gegen diesen Grundsatz eine Verletzung der körperlichen Integrität sowie des Selbstbestimmungsrechts gemäss Art. 10 Abs. 2 BV vor, im Privatrecht entspricht dies einer Persönlichkeitsverletzung

im Sinne von Art. 28 ZGB und im Strafrecht ist ein solches Verhalten ein Körperverletzungstatbestand gegeben. Bezüglich der Tragweite und der Erforderlichkeit des «Informed Consent» sind sich sowohl die juristische Lehre als auch die Rechtsprechung einig.

[Rz 284] Der Grundsatz des Informed Consent entspricht grundsätzlich auch den Vorstellungen der Medizin bzw. der Ärzteschaft³⁷⁹. Auch die Ärzte sind der Auffassung, dass der Arzt die Aufgabe hat, grundsätzlich den Patienten bei Verdacht auf HIV/Aids bezüglich eines HIV-Tests aufzuklären, und dass er erst nach erfolgter Einwilligung des Patienten einen HIV-Test durchführen kann.

[Rz 285] Es wird jedoch im Hinblick auf den HIV-Test über eine Relativierung des Informed Consents nachgedacht. So könnte gegebenenfalls die weitere Ausbreitung von HIV/Aids verhindert werden, wenn Hausärzte bei Symptomen frühzeitig reagieren und ohne zusätzlichen Aufwand einen HIV-Test anordnen könnten³⁸⁰. Die jeweiligen Symptome, die einen HIV-Test als Routineverfahren verlangen, sind im Bulletin des BAG publiziert³⁸¹. Selbst wenn in 99% aller in der Liste aufgeführten Symptome der HIV-Test negativ ausfallen wird, könnte ein HIV-Test angebracht erscheinen, da dieser heute sowohl finanziell als auch bezüglich des Aufwands nicht massgeblich ins Gewicht fällt und die Konsequenzen einer verpassten HIV-Diagnose umso gravierender sind³⁸².

[Rz 286] Die Patientenorganisation Aids-Hilfe Schweiz begrüsst die heutige Rechtslage bezüglich des Informed Consent, denn aus Sicht der Diskriminierung bewegt sich HIV/Aids noch immer auf einer ähnlichen Stufe wie vor zwanzig Jahren.³⁸³ Wie mehrfach erwähnt hat sich die vor zwanzig Jahren herrschende, manifeste und gesellschaftsbedingte Diskriminierung in eine latente Diskriminierung auf struktureller Ebene verschoben, jedoch ist sie noch immer vorhanden. So lange keine klare Lösung vorhanden ist bzw. die Diskriminierung nicht eliminiert werden kann, ist der Schutz des Individuums nur durch Erhalt des Informed Consent zu garantieren. Bei Verzicht auf den Informed Consent würde die Gefahr bestehen, dass die Schutzrechte des Patienten ausgehöhlt würden und die Diskriminierung ein grösseres Ausmass annehmen würde.³⁸⁴

[Rz 287] Die Juristen betrachten den «Informed Consent», bzw. den dahinter stehenden Persönlichkeitsschutz, als hohes Rechtsgut des Einzelnen. Der Patient hat in den HIV-Test

³⁷⁷ BSK-ROTH/BERKEMEIER: Art. 122 StGB, Rz. 9.

³⁷⁸ BSK-BEGLINGER: Art. 231 StGB, Rz. 1.

³⁷⁹ Interview vom 30. März 2011 mit PROF. DR. MED. RAINER WEBER; Gespräch vom 3. September 2011 mit PROF. DR. MED. PIETRO VERNAZZA.

³⁸⁰ Gespräch vom 3. September 2011 mit PROF. DR. MED. PIETRO VERNAZZA.

³⁸¹ FKT: Der HIV-Test auf Initiative des Arztes, S. 364 ff.; Vgl. die weiteren Ausführungen hierzu bei den Erläuterungen zu den Haftungsfragen im Teil IV.

³⁸² Gespräch vom 3. September 2011 mit PROF. DR. MED. PIETRO VERNAZZA.

³⁸³ Siehe hierzu den Beitrag von HARRY WITZTHUM, Im Minimum informierte Einwilligung, in: Jusletter vom 26. November 2012.

³⁸⁴ Gespräch vom 13. September 2011 mit DR. PHIL. HARRY WITZTHUM.

nach vorheriger Aufklärung des Arztes einzuwilligen. Für die Wahrung dieses Rechtsguts muss auch die Verweigerung eines HIV-Tests des Einzelnen in Kauf genommen werden. Unterstützt wird diese Handhabung von der Patientenorganisation AHS. Anders wird die Situation von einem Teil der Ärzteschaft eingeschätzt: Um das Ziel – die Eindämmung der Krankheit HIV/Aids – zu erreichen, soll der HIV-Test in bestimmten Situationen als Standardverfahren eingesetzt werden bzw. soll der Test als Ausschlusstest von HIV/Aids dienen und dazu beitragen, Primo-Infektionen ausfindig zu machen. Um dieses Ziel zu erreichen, muss der Grundsatz des «Informed Consent» in bestimmten Konstellationen relativiert werden. Diese letztere Ansicht hat einige gute, nicht zuletzt auch gesundheitspolitische Argumente für sich, doch ist sie nach unserem Verständnis der Rechtslage nicht ohne eine explizite Gesetzesanpassung umsetzbar.

[Rz 288] Insofern erachten wir auch eine Interpretation der im März 2010 im BAG-Bulletin publizierten Empfehlung der FKT «*Der HIV-Test auf Initiative des Arztes: Empfehlungen zur Durchführung bei Erwachsenen*», die den Informed Consent in den dort beschriebenen Konstellationen nicht mehr für erforderlich erachtet, als widerrechtlich. Der Wortlaut der Empfehlung lässt aber einen Deutungsspielraum, der auch eine rechtskonforme Interpretation zulässt, d.h. den Informed Consent nicht grundsätzlich relativiert. Nur in dieser letzteren Lesart erscheint uns die Empfehlung in diesem Punkt rechtskonform.

D. Aufklärung

I. Ausgangslage

[Rz 289] Die ärztliche Aufklärungspflicht entwickelte sich in den letzten zwei Jahrzehnten zu einem zentralen Thema des Arztrechts³⁸⁵. Sowohl aus medizinischer als auch aus juristischer Sicht ist die Aufklärung in der ärztlichen Behandlung elementar. Aus medizinischer Sicht ist die Aufklärung des Patienten Teil der Therapie, sie ist für das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient von grosser Bedeutung³⁸⁶. Aus juristischer Sicht ist die Aufklärung aufgrund des Selbstbestimmungsrechts und des Schutzes der körperlichen Integrität des Patienten notwendig³⁸⁷. Im Privatrecht ist sie im Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB) sowie in Art. 398 Abs. 2 OR und Art. 400 OR verankert. Im öffentlichen Recht ergibt sich die Aufklärungspflicht aus dem Schutz des Grundrechts auf Leben und persönliche Freiheit sowie aus dem Selbstbestimmungsrecht der Einzelnen (Art. 10 BV). Sie ist zudem im kantonalen bzw. kommunalen Recht (z.B. § 13 ff. PatG

ZH) verankert³⁸⁸ und wird auch in Art. 10 der Standesordnung FMH sowie in den medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW zum Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung gewährleistet³⁸⁹. Zusammenfassend kann deshalb der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gefolgt und gesagt werden, dass die Aufklärung als allgemeine Berufspflicht des Arztes sowohl im privatrechtlichen als auch im öffentlich-rechtlichen Behandlungsverhältnis zu qualifizieren ist³⁹⁰.

[Rz 290] Der in dieser Abhandlung im Zentrum stehende Informed Consent setzt sich aus der (umfassenden) Aufklärung des Arztes³⁹¹ und der nachfolgenden Einwilligung des Patienten zusammen. Die Aufklärung bildet mit anderen Worten die Voraussetzung einer gültigen Einwilligung³⁹². Auf die Einwilligung wurde bereits ausführlich eingegangen. Nachfolgend soll die Aufklärung näher erörtert werden. Auf Ausnahmen bezüglich der Aufklärung wird in Teil III eingegangen.

II. Arten der Aufklärung

1. Überblick

[Rz 291] Der Umfang der Aufklärung ist in den verschiedenen Rechtsquellen unterschiedlich umschrieben. Er ergibt sich aus Art. 28 ZGB, der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie der Sorgfalts- und Rechenschaftspflicht (Art. 398 und Art. 400 OR) lediglich implizit und wird nicht ausdrücklich definiert. Eine etwas umfassendere Umschreibung findet sich beispielsweise in § 13 PatG ZH der bestimmt, dass der Arzt im Rahmen seiner Verantwortlichkeit den Patienten rechtzeitig, angemessen und in verständlicher Form über die Vor- und Nachteile sowie die Risiken der Behandlung und möglicher Alternativen aufzuklären hat. Der Arzt hat Fragen zum Gesundheitszustand und dessen voraussichtliche Entwicklung zu beantworten.

[Rz 292] Die Aufklärung umfasst demnach die folgenden Elemente:

- Gesundheitszustand bzw. Diagnose,
- Vorgeschlagene Behandlung,
- Behandlungsalternativen,

³⁸⁵ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 167; vgl. auch PAYLLIER: Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, S. 4.

³⁸⁶ ROGGO: Aufklärung von Patienten, S. 75.

³⁸⁷ Z.B. FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 168.

³⁸⁸ POLEDNA/BERGER: Öffentliches Gesundheitsrecht, S. 62. POLEDNA/BERGER weisen darauf hin, dass es auch im Vertragsverhältnis zweckmässiger ist, sich auf Art. 28 ZGB zu stützen anstelle von Art. 400 OR, da Art. 28 ZGB direkt anwendbar ist und einen weiter gehenden Schutz als Art. 400 Abs. 1 OR bietet; FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 168; FINK: Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen, S. 90.

³⁸⁹ SAMW: Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, S. 3.

³⁹⁰ BGE 1P.530/1994 E.1b, BGE 117 Ib 200, GATTIKER: Die Verletzung der Aufklärungspflicht und ihre Folgen, S. 111.

³⁹¹ Mit «umfassender Aufklärung» ist jeweils die Aufklärung nach Massstäben des relativ urteilsfähigen Patienten gemeint und nicht die umfassende Aufklärung nach Massstäben der Ärzteschaft.

³⁹² HAUSHEER/AEBI-MÜLLER: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, S. 172.

- Risiken,
- Heilungschancen,
- Versicherungsrechtliche Fragen bzw. Kostenfolgen des vorzunehmenden Eingriffs

[Rz 293] Auch wenn gelegentlich strikt zwischen der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Aufklärung unterschieden wird, erscheint dies, insbesondere aus medizinischer Sicht, nicht sinnvoll, da der Patient – egal in welchem Rechtsverhältnis er zum Arzt bzw. Spital steht – in gleichem Umfang aufgeklärt werden muss³⁹³. Im Folgenden wird deshalb nicht zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht unterschieden sondern zwischen den verschiedenen Aufklärungsarten.

[Rz 294] Nach einer gängigen Lehrmeinung lässt sich die Aufklärungspflicht unterteilen in:

- die Eingriffsaufklärung (auch Selbstbestimmungsaufklärung genannt), wobei man zwischen der Diagnoseaufklärung und der Verlaufsaufklärung unterscheidet,
- die Sicherungsaufklärung (auch therapeutische Aufklärung genannt),
- die Aufklärung über wirtschaftliche Aspekte, sowie
- die Aufklärung über Fehler des Arztes³⁹⁴.

[Rz 295] Die verschiedenen Aufklärungsarten können sich überschneiden, jedoch sind sie insbesondere in Bezug auf die jeweiligen Ziele und Zwecke, die sie verfolgen, unterschiedlich ausgestaltet³⁹⁵. Kumulativ sollten die Aufklärungsarten dem gesamten Aufklärungsumfang gerecht werden, wie dies beispielsweise in § 13 PatG ZH verankert ist. Bilden die Unterscheidungen der Aufklärungsarten in der Theorie wenig Schwierigkeiten, sind die Übergänge in der Praxis fließend³⁹⁶.

2. Die Eingriffsaufklärung bzw. Selbstbestimmungsaufklärung

a. Ziele und Elemente

[Rz 296] Die Eingriffsaufklärung ist diejenige Aufklärung, die im Regelfall gemeint ist, wenn von der Aufklärungspflicht gesprochen wird³⁹⁷. Die grundsätzliche Funktion der Eingriffsaufklärung besteht darin, den Patienten so weit aufzuklären, dass dieser in Kenntnis der medizinischen Fakten selber

bestimmen kann, ob er bereit ist, in einen allfälligen Eingriff einzuwilligen³⁹⁸.

[Rz 297] Es ist Aufgabe des Arztes, den wahren Willen bzw. die wahren Interessen des Patienten zu erforschen, jedoch hat der Arzt parallel dazu auch die Pflicht, dem Patienten eine allfällige medizinische Notwendigkeit einer Behandlung darzulegen³⁹⁹. Der Patient ist jedoch auch bei vollständiger Aufklärung berechtigt, die Behandlung abzulehnen⁴⁰⁰.

[Rz 298] Die Eingriffsaufklärung besteht aus der Diagnoseaufklärung, welche sich mit dem Ist-Zustand befasst, und der Verlaufsaufklärung, welche die künftige Entwicklung betrifft⁴⁰¹.

b. Diagnoseaufklärung

[Rz 299] Der Arzt hat die Pflicht, den Patienten über den medizinischen Befund und dessen Bedeutung zu informieren⁴⁰². Es geht dabei darum, dass der Patient erfährt, dass er krank ist und an welcher Krankheit er leidet⁴⁰³. Da der Patient im Regelfall die Konsequenzen einer bestimmten Diagnose nicht beurteilen kann, hat der Arzt im Zusammenhang mit der Diagnose auch über die Prognose aufzuklären, d.h. darüber, wie die Krankheit ohne Behandlung voraussichtlich verlaufen wird⁴⁰⁴. Die Informationen müssen grundsätzlich wahr und vollständig sein⁴⁰⁵. Wichtig ist dabei das Prinzip des sog. *non-directive counseling*, d.h. der Arzt muss darauf achten, dem Patienten nicht die Entscheidungsfreiheit abzunehmen⁴⁰⁶.

[Rz 300] Umstritten ist, ob der Arzt den Patienten auch über Verdachtsmomente informieren muss. Nach der Ansicht WIEGANDS umfasst die generelle Aufklärungspflicht auch die Aufklärung über Verdachtsmomente⁴⁰⁷. Für FELLMANN ist hingegen allein ausschlaggebend, welche Überlegungen in das Handeln des Arztes einfließen. Spielt der Verdacht beim Therapieversuch eine Rolle, so muss der Patient aufgeklärt werden. Hat der Verdacht keinen Einfluss auf die vorgeschlagene Therapie, besteht keine Pflicht zur Information des Arztes, da dies bloss ein Aspekt der Überlegung des Arztes ist, die er nicht preisgeben muss.⁴⁰⁸

[Rz 301] Grundsätzlich ist auch über Zufallsbefunde – d.h. Diagnosestellungen, nach denen der Arzt gar nicht gesucht hat

³⁹³ Vgl. z.B. FINK: Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen, S. 85 ff., FINK behandelt die Aufklärung im Privatrecht und öffentlichen Recht separat.

³⁹⁴ GÄCHTER/VOLLENWEIDER: Gesundheitsrecht, S. 129; FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 173 ff. Für eine andere Art der Aufklärung vgl. z.B. WIPRÄCHTER: Die Strafbarkeit des Arztfehlers, S. 250; ROGGO: Aufklärung von Patienten, S. 92 ff.; FINK: Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen, S. 88 ff.; PAYLLIER: Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, S. 16 f.

³⁹⁵ PAYLLIER: Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, S. 38.

³⁹⁶ PAYLLIER: Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, S. 100.

³⁹⁷ PAYLLIER: Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, S. 37.

³⁹⁸ PAYLLIER: Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, S. 43; FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 174.

³⁹⁹ PAYLLIER: Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, S. 48 f.

⁴⁰⁰ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 174.

⁴⁰¹ Z.B. GÄCHTER/VOLLENWEIDER: Gesundheitsrecht, S. 129.

⁴⁰² PAYLLIER: Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, S. 50.

⁴⁰³ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 174.

⁴⁰⁴ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 175.

⁴⁰⁵ PAYLLIER: Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, S. 51; zu möglichen Ausnahmen im Rahmen des therapeutischen Privilegs vgl. Teil III.

⁴⁰⁶ WIEGAND: Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, S. 131.

⁴⁰⁷ WIEGAND: Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, S. 132; Wiegand nimmt dabei Bezug auf Art. 400 OR.

⁴⁰⁸ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 176.

– aufzuklären, da der Patient ein Recht darauf hat, sämtliche Befunde zu kennen, die der Arzt bei ihm feststellt⁴⁰⁹.

c. Verlaufsaufklärung

[Rz 302] Grundsätzlich soll im Rahmen der Verlaufsaufklärung der Patient über die beabsichtigte Therapie informiert werden⁴¹⁰. Dafür muss der Patient sowohl über Art, Umfang und Durchführung des geplanten Eingriffs als auch über den möglichen Verlauf der Krankheit, wenn er der Behandlung zustimmt, informiert werden. Dem Patienten sind mögliche Alternativen aufzuzeigen. Er muss auch – und zwar bereits im Rahmen der Diagnoseaufklärung – darüber informiert werden, welche Prognose besteht, wenn er die Behandlung ablehnt⁴¹¹.

[Rz 303] Teil der Verlaufsaufklärung ist die Risikoaufklärung. Der Arzt muss über allfällige Risiken aufklären, damit Informationsdefizite des Patienten beseitigt werden und dieser aus freiem Willen über den Eingriff entscheiden kann. Der Patient muss alle Informationen haben, damit er zwischen dem potentiellen Nutzen und den potentiellen Risiken abwägen kann. Aufklärungsart und Aufklärungsumfang bestimmen sich nach dem individuellen Informationsbedürfnis⁴¹². Auch hier stellt sich die Frage des genauen Umfangs der Aufklärung. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat der Arzt den Patienten nicht «über Komplikationen, die mit einem grösseren Eingriff regelmässig verbunden sind oder ihm folgen können, wie z.B. Blutungen, Infektionen, Thrombosen oder Embolien» aufzuklären⁴¹³. Jedoch hat der Arzt den Patienten aufzuklären, wenn bei einem Eingriff bestimmte Komplikationen im Sinne eines typischen Risikos häufiger auftreten als bei anderen Eingriffen⁴¹⁴. Genauere Rahmenbedingungen können juristisch nur schwer festgelegt werden, da das Aufklärungsbedürfnis einzelfallabhängig ist.

[Rz 304] Deutlich wird, dass die Diagnoseaufklärung der Verlaufsaufklärung vorausgeht, da bei der Diagnoseaufklärung im Vordergrund steht, wie sich die Krankheit ohne Behandlung entwickeln würde, während es bei der Verlaufsaufklärung darum geht, dem Patienten eine bestimmte Behandlung vorzuschlagen⁴¹⁵.

3. Sicherungsaufklärung bzw. therapeutische Aufklärung

[Rz 305] Die Sicherungsaufklärung beinhaltet «die Gesamtheit aller Informationen des Arztes gegenüber seinem Patienten, um diesen zu einem den Heilerfolg sichernden Verhalten zu veranlassen»⁴¹⁶. Mit anderen Worten handelt es sich dabei um Hinweise auf Verhaltensregeln für den Patienten⁴¹⁷. Einerseits soll der Patient über allgemeine Gesundheitshinweise, Verhaltensmassregeln, Medikamente etc. informiert werden und andererseits dient diese Aufklärung auch dazu, den Patienten auf mögliche Gefahren hinzuweisen⁴¹⁸. Diese Verhaltensregeln sind je nach medizinischer Indikation und konkretem Fall verschieden ausgerichtet.

[Rz 306] Im Rahmen der Sicherungsaufklärung muss der Arzt seinen Patienten auch auf Infektionsgefahren hinweisen⁴¹⁹. Der HIV-Patient muss folglich auch wissen, dass er Kontaktpersonen anstecken könnte⁴²⁰.

[Rz 307] Es geht damit letztlich um den Schutz der körperlichen Integrität und des Selbstbestimmungsrechts des Patienten⁴²¹. Wie bei der Eingriffsaufklärung bildet die Aufklärung über Diagnose, Behandlungsvorschlag, mögliche Alternativen und Prognose den Ausgangspunkt, jedoch ist das Ziel ein anderes: Die Sicherungsaufklärung ist Teil der Behandlung. Der Patient soll mithelfen, das Behandlungsziel zu erreichen⁴²². An diesem Punkt wird die Unterscheidung zwischen der Theorie und der Praxis ersichtlich: In der Praxis fliessen die verschiedenen Informationen, die sich dogmatisch sauber trennen lassen, in einem (einzelnen) Aufklärungsgespräch zusammen⁴²³.

4. Wirtschaftliche Aufklärung

[Rz 308] Die wirtschaftliche Aufklärung ist besonders in letzter Zeit aufgrund des zeitlichen Kostendrucks zur viel beachteten Pflicht des Arztes geworden⁴²⁴. Ziel ist der Schutz patientenbezogener Vermögensinteressen. Die wirtschaftliche Aufklärung betrifft häufig auch versicherungstechnische Aspekte, wobei es keine Rolle spielt, ob der Patient in einem Privatspital oder einem öffentlichen Spital behandelt wird⁴²⁵.

[Rz 309] Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung trifft den Arzt eine minimale wirtschaftliche Aufklärungspflicht, aufgrund welcher er den Patienten auf die möglicherweise fehlende Kostendeckung durch die Versicherung

⁴⁰⁹ Roggo: Aufklärung von Patienten, S. 93.

⁴¹⁰ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 177.

⁴¹¹ WIEGAND: Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, S. 133; FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 177; Roggo: Aufklärung von Patienten, S. 113; für detailliertere Erörterungen vgl. die Ausführungen von FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 177 f.

⁴¹² FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 178 f.; für detailliertere Erörterungen vgl. FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 177 ff.

⁴¹³ BGE 117 Ib 197, 204.

⁴¹⁴ WIEGAND: Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, S. 134.

⁴¹⁵ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 177.

⁴¹⁶ PAYLLIER: Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, S. 38.

⁴¹⁷ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 184.

⁴¹⁸ PAYLLIER: Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, S. 40 ff.

⁴¹⁹ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 188.

⁴²⁰ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 188.

⁴²¹ WIEGAND: Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, S. 191.

⁴²² FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 187.

⁴²³ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 187.

⁴²⁴ FINK: Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen, S. 167.

⁴²⁵ FINK: Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen, S. 168.

hinzuweisen hat. Dies vor allem dann, wenn er daran zweifelt oder zumindest Zweifel haben müsste, ob eine entsprechende Versicherungsdeckung besteht. Es sind umso strengere Anforderungen zu stellen, je höher die betreffende Summe ist⁴²⁶. Es besteht jedoch auch eine Lehrmeinung, nach welcher der Arzt den Patienten nur unter relativ begrenzten Voraussetzungen über die versicherungstechnischen Aspekte aufzuklären hat. Diese Meinung wird damit begründet, dass das Sozialversicherungsrecht eine schwer überblickbare Materie sei und es zu weit führen würde, wenn der Arzt in jedem Fall von sich aus prüfen müsste, ob eine entsprechende Versicherungsdeckung besteht⁴²⁷, was wiederum von anderen Lehrmeinungen deutlich anders gewürdigt wird⁴²⁸. Das Sozialversicherungsrecht stellt in der Tat eine eher schwer überblickbare Materie dar. Jedoch ist dem Arzt, im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, zuzumuten, dass er die Grundprinzipien der Kostendeckung versteht, den Patienten auf allfällige versicherungstechnische Fragen aufmerksam macht und ihn darauf hinweist, sich gegebenenfalls bei der Versicherung bezüglich der Kostendeckung für die geplante Behandlung zu informieren⁴²⁹.

5. Aufklärung über Behandlungsfehler

[Rz 310] Ob der Arzt den Patienten über Behandlungsfehler aufzuklären hat, ist umstritten⁴³⁰. Da Empathie und gegenseitiges Vertrauen das Arzt-Patienten-Verhältnis prägen, ist grundsätzlich ist eine offene Kommunikation zwischen Arzt und Patient zu postulieren⁴³¹. Ein Arzt ist nach unserer Ansicht deshalb zur Mitteilung eines allfälligen Fehlers verpflichtet⁴³², zumal der Unmut bei vielen Patienten erst durch das Verschweigen entsteht und die Patienten aufgrund dieser Verhaltensweise eher rechtliche Schritte in Erwägung ziehen, weil sie sich durch den behandelnden Arzt vernachlässigt fühlen⁴³³.

III. Organisation der Aufklärung

1. Zeitpunkt der Aufklärung

[Rz 311] Die Aufklärung muss rechtzeitig erfolgen, d.h. vor

dem beabsichtigten Eingriff, so dass der Patient durch Abwägung der für und wider den Eingriff sprechenden Umstände eine freie Entscheidung treffen kann⁴³⁴. Bei diagnostischen Eingriffen und normalen ambulanten Operationen reicht im Regelfall die Aufklärung am Tag des Eingriffs, wobei die Aufklärung dann als zu spät gilt, wenn beim Patienten der Eindruck entsteht, dass er sich von dem ins Rollen gekommenen Geschehensablauf nicht mehr distanzieren kann⁴³⁵.

2. Aufklärungsgespräch

[Rz 312] Grundsätzlich findet die Aufklärung des Patienten durch ein persönliches Arztgespräch statt⁴³⁶. Der Patient gilt erst als aufgeklärt, wenn er die Diagnose verstanden hat⁴³⁷. Wichtig ist deshalb, dass der Arzt bei seiner Wortwahl dem Erkenntnisvermögen des Patienten Rechnung trägt, d.h. diese den intellektuellen Fähigkeiten und dem Bildungsstand des Individuums entspricht⁴³⁸. Beispielsweise sollen nur Fachausdrücke gebraucht werden, wenn der Arzt davon ausgehen kann, dass der Patient diese versteht⁴³⁹. Dies entspricht auch Art. 10 Abs. 2 der Standesordnung FMH, wonach der Arzt sorgfältig abzuwägen hat, auf welche Art und Weise er das Aufklärungsgespräch führt.

[Rz 313] Die Stufenaufklärung im Sinne einer ersten Information des Patienten anhand von Merk- und Informationsblätter, die dem Aufklärungsgespräch voraus geht, ermöglicht dem Patienten die ruhige Auseinandersetzung mit dem Eingriff⁴⁴⁰. In einem zweiten Schritt hat das ärztliche Aufklärungsgespräch stattzufinden, denn Aufklärungsformulare oder Merkblätter vermögen das Aufklärungsgespräch nicht zu ersetzen⁴⁴¹.

3. Weitere Voraussetzungen für eine gültige Einwilligung

[Rz 314] Es soll stichwortartig – wenn auch z.T. repetitiv – dargelegt werden, welche Voraussetzungen neben der Aufklärung gegeben sein müssen, damit der Patient rechtmässig einwilligen kann:

- Urteilsfähigkeit des Betroffenen⁴⁴²,
- keine Willensmängel,
- Erteilung durch den Betroffenen,

⁴²⁶ BGE 119 II 456, 460 f.

⁴²⁷ GEISSELER: Aufklärungspflicht des Arztes, S. 161.

⁴²⁸ EISNER: Die Aufklärungspflicht des Arztes, S. 175.

⁴²⁹ Zu gleichem Resultat führen auch die Erörterungen von FINK: Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen, S. 167 ff. und ROGGO: Aufklärung des Patienten, S. 118 ff.

⁴³⁰ Gegen eine Aufklärungspflicht über Behandlungsfehler vgl. WIEGAND: Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, S. 129, für eine Aufklärungspflicht vgl. FINK: Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen, S. 173 und ROGGO: Aufklärung des Patienten, S. 133 ff.; BK-FELLMANN: Art. 398 OR, Rz. 169.

⁴³¹ BONDOLFI: Die moralischen Prinzipien medizinischen Handelns, S. 92.

⁴³² Vgl. auch ROGGO/STAFFELBACH: Offenbarung von Behandlungsfehlern/Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht, S. 15.

⁴³³ ROGGO: Aufklärung des Patienten, S. 134.

⁴³⁴ TAG: Strafrecht im Arzttaltag, S. 708.

⁴³⁵ TAG: Strafrecht im Arzttaltag, S. 708.

⁴³⁶ TAG: Strafrecht im Arzttaltag, S. 708.

⁴³⁷ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 175.

⁴³⁸ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 195.

⁴³⁹ WIEGAND: Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, S. 195.

⁴⁴⁰ TAG: Strafrecht im Arzttaltag, S. 709.

⁴⁴¹ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 199, TAG: Strafrecht im Arzttaltag, S. 709.

⁴⁴² Bei urteilsunfähigen Kindern haben die Inhaber der elterlichen Gewalt (vgl. Art. 301 Abs. 2, Art. 304 und Art. 406 f. ZGB) die Zustimmung zum ärztlichen Handeln zu geben.

- Erteilung vor dem Eingriff,
- Möglichkeit des Widerrufs,
- kein Verstoß gegen Art. 27 ZGB⁴⁴³.

4. Schranken der Aufklärung

[Rz 315] Auf die Schranken der Aufklärung bzw. mögliche Ausnahmen von der Aufklärungspflicht wird in Teil III eingegangen.

IV. Aufklärung beim HIV-Test

1. Ausgangslage

[Rz 316] In Teil II wurde dargelegt, dass der HIV-Test aus öffentlich-rechtlicher Sicht einen Eingriff in die persönliche Freiheit gem. Art. 10 Abs. 2 BV, aus privatrechtlicher Sicht einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht gem. Art. 28 ZGB und aus strafrechtlicher Sicht eine einfache Körperverletzung gem. Art. 123 StGB darstellt. Dieser grundsätzlich rechtswidrige Eingriff lässt sich durch den Informed Consent rechtfertigen.⁴⁴⁴ Nachfolgend ist nun zu untersuchen, wie im konkreten Fall des HIV-Tests die Aufklärung ausgestaltet sein muss.

2. Eingriffsaufklärung bzw. Selbstbestimmungsaufklärung

[Rz 317] Wie bereits erörtert wird zwischen der Diagnoseaufklärung und der Verlaufsaufklärung unterschieden. Vor der Durchführung des HIV-Tests ist jedoch noch keine Diagnose gestellt. Der Arzt geht nur von einer gewissen Wahrscheinlichkeit aus, dass der Patient HIV-positiv ist, bzw. möchte diese mögliche Erkrankung durch einen HIV-Test ausschliessen. Abgesehen vom Fall, dass der Patient den Arzt um einen HIV-Test bittet, ist es in den anderen Fällen grundsätzlich der Arzt, der aufgrund von beschriebenen bzw. untersuchten Symptomen oder aufgrund der Lebensgestaltung seines Patienten einen HIV-Test in Erwägung zieht.

[Rz 318] Die Grundsätze zur Eingriffsaufklärung besagen, dass dem Patienten die Möglichkeit gegeben werden soll, selber zu entscheiden, ob er in einen Eingriff einwilligt oder nicht. Dafür hat der Arzt ihn über alle notwendigen medizinischen Fakten aufzuklären. Der HIV-Test ist, selbst wenn er nur der (Differential-)Diagnose dient, als medizinischer Eingriff zu werten. Der Arzt muss eine medizinische Indikation haben, damit er einen solchen Test durchführen kann, da der HIV-Test wie erörtert grundsätzlich nicht zu einem Routineverfahren gehört. Er hat deshalb den Patienten darüber aufzuklären, aufgrund welcher Symptome (z.B. aufgrund einer disseminierter Lymphadenopathie) bzw. aufgrund welchen Verhaltens des Patienten (z.B. aufgrund von sexuellem Gefähr- oder Risikoverhalten) er einen HIV-Test für angebracht

hält. Damit verbunden ist – in einer Art vorgegriffenen Diagnose- bzw. Verlaufsaufklärung – die Pflicht, dem Patienten darzulegen, was die Konsequenzen sind, wenn der Test nicht durchgeführt wird und der Patient seropositiv sein sollte (rasches Sterben innerhalb weniger Monate, Infektionsgefahr). Ebenso können die allfälligen Therapiemöglichkeiten (z.B. die Kombinationstherapie) skizziert werden⁴⁴⁵. Der Arzt soll ausdrücklich betonen, dass HIV/Aids ohne Durchführung des Tests nicht sicher festgestellt werden kann, d.h. dass ein Test notwendig ist, um die Diagnose zu stellen.

[Rz 319] Natürlich sind die genannten Fragen noch nicht in aller Ausführlichkeit zu behandeln. Dem in der Regel laienhaften Patienten soll in erster Linie der Zweck des HIV-Tests erläutert werden. Dem Patienten soll, auf allfällige Rückfragen hin, insbesondere auch die Angst vor dem HIV-Test bzw. dessen ev. positiven Ergebnis genommen werden, da sich HIV/Aids in der Gesellschaft noch nicht als vergleichbare Krankheit mit anderen Infektionskrankheiten durchsetzen konnte⁴⁴⁶. Dem Patienten soll, wenn er entsprechende Fragen hierzu hat, klar gemacht werden, dass es sich hierbei um eine therapierbare Krankheit handelt, die Therapie jedoch so früh wie möglich angesetzt werden muss. Es geht konkret nicht darum, den Patienten über alle möglichen Werte aufzuklären, welche im Labor untersucht werden, und darüber, wie der HIV-Test durchgeführt wird (z.B. welcher Name der Test hat [ELISA, Western Blotting], was genau geprüft wird [Antigene, RNA der Viren etc.]). Es reicht, wenn der Arzt vom HIV-Test als solchem spricht. *In der Praxis dürfte es damit häufig genügen, wenn der Patient lediglich über die geplante Durchführung des HIV-Tests informiert wird und ihm, wenn er die Indikation für diesen Test nicht nachvollziehen kann, die entsprechenden Gründe genannt und allfällige Zusatzfragen beantwortet werden. Aus der Aufklärung muss, mit anderen Worten, keine «grosse Sache» gemacht werden.*

[Rz 320] In aller Ausführlichkeit wird dann allerdings über Diagnose und Verlauf gesprochen, sobald die Diagnose gestellt wurde, d.h. feststeht, dass sich der Patient mit HIV infiziert hat.

3. Sicherungsaufklärung bzw. therapeutische Aufklärung

[Rz 321] Vor der Durchführung eines HIV-Tests ist es wichtig, den Patienten darauf hinzuweisen, dass die Krankheit HIV/Aids noch nicht als Diagnose feststeht, so lange kein Nachweis im Sinne eines HIV-Tests besteht. Je nach Grundlage für die Test-Indikation kann es jedoch bereits angezeigt sein, den Patienten bis zum Feststehen des Testresultats auf eine (mögliche) Infektionsgefahr und entsprechende Schutzvorkehrungen hinzuweisen.

[Rz 322] Zeigt der Test einen positiven HIV-Befund, so hat der

⁴⁴³ Z.B. GÄCHTER/VOLLENWEIDER: Gesundheitsrecht, S. 127.

⁴⁴⁴ Für eine detaillierte Erörterung vgl. die Ausführungen in Teil II Ziff. C.I. und Ziff. C.II.

⁴⁴⁵ Vgl. Teil II Ziff. B.

⁴⁴⁶ Vgl. Teil II Ziff. B.

Arzt in einem weiteren Gespräch die erforderlichen Schutzmassnahmen zu erläutern. Bei einem negativen Befund ist selbstverständlich das Gegenteil einschlägig⁴⁴⁷.

4. Wirtschaftliche Aufklärung

[Rz 323] Es wurde dargelegt, dass der Arzt die Grundprinzipien über die Kostendeckung der Versicherung verstehen sollte, den Patienten auf allfällige Fragen aufmerksam macht und ihn anweist, sich bei der Versicherung bzgl. der Kostendeckung für die geplante Behandlung zu informieren⁴⁴⁸. Es kann somit vorausgesetzt werden, dass der Arzt beim HIV-Test weiss, dass dieser – wird er nicht anonym durchgeführt – von der Krankenkasse übernommen wird. Er hat den Patienten darauf hinzuweisen, damit für diesen nicht das Geld einen Grund für die Ablehnung des HIV-Tests sein könnte.

V. Zusammenfassung zu Gegenstand und Inhalt der Aufklärung

[Rz 324] Vor einem HIV-Test hat der Arzt den Patienten mindestens über folgende Punkte aufzuklären:

- Die geplante Durchführung eines HIV-Tests.
- Die Gründe (Symptome, Verhaltensweisen etc.), weshalb eine HIV-Infektion abgeklärt bzw. differentialdiagnostisch ausgeschlossen werden soll.
- Als Vorgriff auf die Verlaufsaufklärung gegebenenfalls der Hinweis auf Therapiemöglichkeiten (im Fall eines positiven HIV-Befundes). Dies erscheint bei Verdacht auf HIV/Aids wichtig, um dem Patienten die Angst vor einer möglichen Seropositivität bzw. dem Test, der diese feststellen könnte, zu nehmen.
- Die grundsätzliche Übernahme der Kosten des HIV-Tests durch die Krankenversicherung, sofern dies für den Patienten von Bedeutung ist.

[Rz 325] Da der Arzt an das Vorwissen des Patienten anknüpfen kann und muss, kann eine Information über die Durchführung eines HIV-Tests auch sehr kurz ausfallen. Gehört der Patient zu einer Risikogruppe und ist er nach dem Wissen des Arztes mit den Gefahren im Zusammenhang mit HIV/Aids vertraut, kann ein blosser Hinweis auf die Durchführung eines HIV-Tests genügen. Bei Patienten, die zu keiner Risikogruppe gehören, bei denen aber differentialdiagnostisch eine HIV-Infektion ausgeschlossen werden soll, kann die Information über den geplanten Test und der Hinweis auf die entsprechenden Fachempfehlungen hierzu ausreichen. Selbstverständlich sind dem Patienten weitere Informationen zu geben, sofern er über diese offensichtlich noch nicht verfügt oder wenn er entsprechende Nachfragen äussert.

[Rz 326] Wichtig ist auch, dass nach dem HIV-Test ein

weiteres umfassenderes Aufklärungsgespräch insbesondere bzgl. Diagnose, Verlauf, Therapie und Verhaltensweisen stattfinden muss.

Teil III: Mögliche Ausnahmen vom Informed Consent beim HIV-Test

A. Problemstellung

[Rz 327] Im dritten Teil werden drei Fragestellungen behandelt:

[Rz 328] Erstens erörtern wir die Frage, ob der HIV-Test auch dann noch einen Eingriff in die körperliche Integrität und das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Patienten darstellt, wenn kumulativ

- eine Blutentnahme aus anderen Gründen ohnehin erfolgt und
- der Patient die medizinische Abklärungsstelle mit klinischen Krankheitszeichen aufgesucht hat mit dem Auftrag, diese abzuklären und
- die klinische Symptomatik auch als Manifestation einer HIV-Infektion auftreten kann.

[Rz 329] Zweitens gehen wir der Frage nach, wie die FKT-Empfehlung bezüglich der «Verzichtsmöglichkeit auf vorgängige Aufklärung im Rahmen differentialdiagnostischer Abklärungen» rechtlich zu würdigen ist. Dabei nehmen wir Bezug auf die in der entsprechenden Empfehlung enthaltene tabellenartige Auflistungen mit klinischen Symptomen bzw. Diagnosen, bei denen ein HIV-Test durchgeführt werden sollte. Bei der rechtlichen Würdigung sind dabei folgende Aspekte zu berücksichtigen: es geht um Situationen, in denen die Information dem Patienten potentiell mehr Schaden als Nutzen bringen könnte. Aus ärztlicher Sicht kann die vorgängige Aufklärung namentlich folgenden Situationen nachteilig sein für den Patienten:

- Der Patient befindet sich in der Notfallambulanz,

⁴⁴⁷ Gleicher Ansicht auch FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 188.

⁴⁴⁸ Vgl. Teil II Ziff. D.II.1.

wobei es keine genügende akustische Trennung von der Nachbarkoje gibt.

- Es findet eine klinische Visite in einem Mehrbettzimmer bzw. es findet eine Konsultation gemeinsam mit einer Begleitperson (z.B. Mutter, Schwester, Bekannte, Arbeitskollege) statt.
- Der Patient befindet sich in einem psychischen Zustand, in welchem eine Erwähnung der Möglichkeit einer HIV-Diagnose den Patienten in einen länger-dauernden Ausnahmezustand versetzen würde (z.B. Aids-Phobie).
- Abklärungen in Situationen, in welchen sich der Patient gerade in einer komplexen Phase der Krankheitsverarbeitung befindet, in der die zusätzliche Erschwerung der Situation allein durch die Erwähnung einer HIV-Infektion als unangebracht erscheint (z.B. HIV-Test bei einem Patienten, der soeben über die Diagnose eine Lymphknotenkrebses informiert wurde).

[Rz 330] Soweit wir zum Schluss kommen, dass auf die Aufklärung über den HIV-Test nicht verzichtet werden kann, werden wir Drittens darlegen, welche Informationen dem Patienten vor dem HIV-Test in der konkreten Situation gegeben werden müssen. Dies wird – aus Rücksicht auf die Übersichtlichkeit – im Zusammenhang mit der jeweiligen Fragestellung gemacht.

B. Allgemeine Schranken der Aufklärung

I. Überblick

[Rz 331] In Teil II Ziff. D wurde die Frage besprochen, über welche Punkte der Arzt seinen Patienten aufklären muss. Im Folgenden geht es darum, zu prüfen, was der Patient im Einzelfall verkraften kann bzw. ob der Patient selbst auf eine Aufklärung verzichten kann.

II. Aufklärungsverzicht

[Rz 332] Bereits 1984 hatte BUCHER darauf hingewiesen, dass es einen «Nichtinformationswunsch des Patienten» geben kann⁴⁴⁹. Die Gründe für einen solchen Wunsch sind vielfältig. Für manche Patienten ist die Krankheit mit den dazugehörigen Komplikationen, Untersuchungen und Behandlungen eine so grosse Belastung, dass sie glauben, sie nicht bewältigen zu können. Andere Patienten vertrauen uneingeschränkt dem Wissen und Können des Arztes und möchten deshalb ihr Selbstbestimmungsrecht auf den Arzt übertragen⁴⁵⁰. Das Recht auf Nichtwissen ist denn auch gesetzlich anerkannt (vgl. Art. 6 GUMG).

[Rz 333] Sobald ein Eingriff erforderlich ist, braucht es allerdings die Zustimmung des Patienten⁴⁵¹. Die h.L. und die bundesgerichtliche Rechtsprechung gehen vom Grundsatz aus, dass zumindest eine rudimentäre Information über die Situation Voraussetzung für eine gültige Einwilligung bildet, da der Patient auf grundlegende Informationen bezüglich der Erforderlichkeit, der Art des Eingriffs und der möglichen Risiken nicht verzichten kann⁴⁵². Vereinzelt wird aber auch vertreten, der Patient könne, indem er erkläre, dass er gar keine Information wolle, auf die Aufklärung vollständig verzichten⁴⁵³. Nach der hier vertretenen Auffassung ist der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der h.L. zu folgen, da bei einem Totalverzicht das Erfordernis der Einwilligung in die ärztliche Behandlung ausgehöhlt würde und ein minimales Aufklärungsrecht im Sinne eines «persönlichkeitsrechtlichen Kerns» gem. Art. 27 ZGB unverzichtbar erscheint⁴⁵⁴. Auch aus strafrechtlicher Sicht erscheint ein Totalverzicht nicht möglich, da eine solche Verfügung nur in Kenntnis ihrer Bedeutung getroffen werden kann⁴⁵⁵.

[Rz 334] Wichtig ist auch beim Wunsch des Patienten auf beschränkte Aufklärung, dass dieser Wunsch vor oder spätestens mit der Erteilung der Einwilligung geäussert wird⁴⁵⁶. Vom blossen Stillschweigen des Patienten darf allerdings nicht auf einen beschränkten Aufklärungsverzicht geschlossen werden; vielmehr sollte der Arzt vom Patienten eine klare Äusserung verlangen⁴⁵⁷. Weiter ist dem Arzt zu empfehlen, den Verzicht vom Patienten schriftlich bestätigen zu lassen oder diesen zumindest in der Krankengeschichte zu dokumentieren⁴⁵⁸.

[Rz 335] Aus Art. 27 Abs. 2 ZGB folgt schliesslich, dass der Patient seinen beschränkten Aufklärungsverzicht jederzeit widerrufen kann⁴⁵⁹.

[Rz 336] Der beschränkte Aufklärungsverzicht wird rechtlich unterschiedlich qualifiziert: Eine Lehrmeinung postuliert,

⁴⁴⁹ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 205; WIEGAND: Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, S. 164.

⁴⁵² ROGGO: Aufklärung des Patienten, S. 219 f.; FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 206; WIEGAND: Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, S. 165; BGE 105 II 284, 288.

⁴⁵³ PAYLLIER: Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, S. 78.

⁴⁵⁴ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 206 m.w.H.; gleicher Ansicht auch GÄCHTER/VOLLENWEIDER: Gesundheitsrecht, S. 130.

⁴⁵⁵ JOSSEN: Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff, S. 125.

⁴⁵⁶ JOSSEN: Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff, S. 125.

⁴⁵⁷ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 206.

⁴⁵⁸ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 206; JOSSEN: Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff, S. 130. Gem. JOSSEN ist ein wichtiger Grund für die Dokumentation der Beweiswert. Auch wenn es im Strafverfahren nicht Aufgabe des Arztes ist, den Aufklärungsverzicht zu beweisen, erscheint die Dokumentation als ratsam.

⁴⁵⁹ PAYLLIER: Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, S. 79.

⁴⁴⁹ BUCHER: Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, S. 46.

⁴⁵⁰ Vgl. ROGGO: Aufklärung des Patienten, S. 218; JOSSEN: Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff, S. 123.

dass es sich um eine mutmassliche Patienteneinwilligung handelt⁴⁶⁰. Eine andere Lehrmeinung nimmt an, dass der Patient dadurch, dass er in zulässiger Weise auf die Aufklärung verzichtet, gleichzeitig wirksam in die Behandlung einwilligt⁴⁶¹. Eine dritte Meinung – und dieser wird hier gefolgt – geht davon aus, dass der Patient die medizinischen Entscheidungen in die Hände des Arztes legt und dieser dadurch zu einem gewillkürten Vertreter wird; es liegt ein Fall der stellvertretenden Einwilligung des Arztes vor⁴⁶².

III. Therapeutisches Privileg

[Rz 337] Beim therapeutischen Privileg geht es um die Frage, «ob und inwieweit der Arzt dem Patienten die Mitteilung des Ergebnisses der Untersuchung oder der Folgen eines Eingriffs bzw. seines Unterbleibens zumuten kann»⁴⁶³. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt die Grundlage des therapeutischen Privilegs darin, dass «die dem Kranken erteilte Aufklärung [...] keinen für die Gesundheit schädlichen Angstzustand auslösen» darf⁴⁶⁴. Es ist eine im Arzt-Patienten-Verhältnis angesiedelte Verpflichtung zur Schadensabwendung⁴⁶⁵. Die Grenze befindet sich gem. h.L. und bundesgerichtlicher Rechtsprechung dort, wo die Aufklärung nicht mehr dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts gerecht wird, sondern der Patient durch Angstzustände oder Resignation in seinem Selbstbestimmungswillen eingeschränkt wird. In diesen Fällen ist die Aufklärung auf ein solches Mass zu reduzieren, das der Patient verkraften kann⁴⁶⁶. Obwohl in der Lehre vom «therapeutischen Privileg» gesprochen wird, ist dies immer vor dem Hintergrund zu sehen, dass es sich nicht um ein Vorrecht des Arztes handelt, sondern der Schutz des Patienten im Zentrum steht.

[Rz 338] Die grundsätzliche Annahme, eine umfassende Aufklärung über eine ungünstige Prognose könne den Patienten schwer schädigen, ist jedoch unzutreffend – das Verschweigen der Diagnose ist nur in wirklichen Ausnahmesituationen zulässig⁴⁶⁷. Da auch dann das Selbstbestimmungsrecht nicht seiner Substanz entleert werden darf, hat der Arzt im Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob die Offenbarung der vollständigen

Wahrheit dem Patienten wirklich nicht zuzumuten ist⁴⁶⁸. Die therapeutische Aufklärung kann grundsätzlich aber nicht Gegenstand des therapeutischen Privilegs sein, da der Patient wissen muss, wie er sich während der Behandlung bzw. während der Krankheit zu verhalten hat, damit eine Behandlung risikogerecht durchführbar ist⁴⁶⁹.

[Rz 339] Insbesondere im Bereich der Psychiatrie und Psychotherapie fällt nach Ansicht mancher Autoren in Betracht, auf eine Aufklärung zu verzichten, da in diesen Bereichen die Einflussnahme auf die geistig-seelische Struktur des Patienten Schwerpunkt der ärztlichen Behandlung bildet⁴⁷⁰. In kritischen Situationen kann der Austausch mit Angehörigen helfen, wobei der Grundsatz der Schweigepflicht nicht verletzt werden darf⁴⁷¹.

[Rz 340] JOSSEN teilt die möglichen betroffenen Patienten in Fallgruppen ein und unterscheidet zwischen jenen Patienten, die durch die Aufklärung in ihrer Einwilligungsfähigkeit beeinträchtigt würden, jenen, bei denen durch die Aufklärung der Behandlungserfolg gefährdet würde und solchen, bei denen andere Gesundheitsgefährdungen, insbesondere psychische Schäden, vorliegen könnten⁴⁷². Abzulehnen sei ein Aufklärungsverzicht jedoch dann, wenn er zu einer Gefährdung Dritter führen könnte⁴⁷³.

[Rz 341] Auch beim therapeutischen Privileg hat der Arzt darauf zu achten, dass er seinen Befund (in der Patientenakte) dokumentiert und auch begründet, weshalb er auf eine vollständige Aufklärung verzichtet hat⁴⁷⁴.

IV. Notfall bzw. zeitliche Dringlichkeit

[Rz 342] Eine Aufklärung darf gemäss einhelliger Auffassung unterbleiben, wenn sich der Patient gar nicht in der Lage befindet, sein Selbstbestimmungsrecht wahrzunehmen; sei dies, weil er bewusstlos ist oder weil er sich in einer akuten Notfallsituation befindet⁴⁷⁵. Dabei soll der Definition des Notfalls, wie er in der Medizin gebraucht wird, gefolgt werden. Demnach liegt ein medizinischer Notfall vor bei «einem akuten, lebensbedrohlichen Zustand durch Störung der Vitalfunktion oder der Gefahr plötzlich eintretender irreversibler Organschädigungen infolge eines Traumas, einer akuten

⁴⁶⁰ SCHÖNING: Rechtliche Aspekte der Organtransplantation unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts, S. 124 f.

⁴⁶¹ PAYLLIER: Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, S. 77.

⁴⁶² JOSSEN: Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff, S. 127.; er geht zusätzlich auf die Fallgruppen ein, bei denen der beschränkte Aufklärungsverzicht in Frage kommt.

⁴⁶³ WIEGAND: Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, S. 142.

⁴⁶⁴ BGE 105 II 284, 288.

⁴⁶⁵ TAG: Strafrecht im Arztalltag, S. 711.

⁴⁶⁶ FELLMANN: Art und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 204, ROGGO: Aufklärung des Patienten, S. 224 f., WIEGAND: Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, S. 143; GÄCHTER/VOLLENWEIDER: Gesundheitsrecht, S. 130.

⁴⁶⁷ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 204.

⁴⁶⁸ FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 204.

⁴⁶⁹ JOSSEN: Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff, S. 136.

⁴⁷⁰ TAG: Strafrecht im Arztalltag, S. 712; JOSSEN: Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff, S. 136.

⁴⁷¹ GÄCHTER/VOLLENWEIDER: Öffentliches Gesundheitsrecht, S. 130.

⁴⁷² JOSSEN: Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff, S. 136 ff.

⁴⁷³ JOSSEN: Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff, S. 136 f.

⁴⁷⁴ ROGGO: Aufklärung des Patienten, S. 226.

⁴⁷⁵ PAYLLIER: Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, S. 80.

Erkrankung oder einer Vergiftung»⁴⁷⁶. Hat der Arzt Zeit, bei den Angehörigen des Patienten nach dem tatsächlichen Willen des Bewusstlosen zu fragen, so hat er dies zu tun⁴⁷⁷. Gibt es aus medizinischer Dringlichkeit keine Möglichkeit, die Angehörigen zu fragen, so hat der Arzt so zu handeln, wie es der mutmassliche Wille des Patienten verlangt⁴⁷⁸. Dies bedeutet, dass der Arzt selbst in einer Notfallsituation bzw. wenn der Patient bewusstlos ist, mit allen Mitteln versuchen muss, nach dem Willen des Patienten zu handeln. Kann der Arzt den Willen des Patienten nicht ermitteln, so soll er so handeln, wie ein vernünftiger Mensch in der gleichen Situation entscheiden würde⁴⁷⁹. Der Patient ist sodann im Nachhinein bzw. bei Bewusstsein über den vorgenommenen Eingriff zu informieren⁴⁸⁰.

V. Hypothetische Einwilligung

[Rz 343] Auf die hypothetische Einwilligung kann sich ein Arzt, der einen Eingriff trotz ungenügender oder gar unterlassener Aufklärung vorgenommen hat, als Rechtfertigung berufen, wenn der Patient mit grosser Wahrscheinlichkeit der medizinischen Massnahme zugestimmt hätte, sofern er vorgängig rechtmässig aufgeklärt worden wäre⁴⁸¹. Dabei darf nicht massgebend sein, was aus ärztlicher Sicht sinnvoll erscheint bzw. wie sich ein vernünftiger und besonnener Patient nach umfassender Aufklärung entschieden hätte, sondern es ist allein ausschlaggebend, ob der spezifische Patient in der vorliegenden Situation eingewilligt hätte⁴⁸². Die hypothetische Einwilligung schützt jedoch das Selbstbestimmungsrecht nicht im gleichen Umfang wie die vorgängige Einwilligung, weshalb für deren Nachweis erhöhte Voraussetzungen erforderlich sind⁴⁸³.

[Rz 344] Wird der hypothetischen Einwilligung in der schweizerischen Zivilrechtsliteratur und in der zivilrechtlichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung mehrheitlich zugestimmt, so ist sie im Strafrecht umstritten⁴⁸⁴. Im öffentlichen Recht ist nach der Ansicht von POLEDNA/BERGER eine hypothetische Einwilligung möglich, wenn es sich um geringfügige Eingriffe ohne erhebliches Risiko handelt. Sie sind der Ansicht, dass ein Arzt davon ausgehen darf, dass die für die Therapie erforderlichen Massnahmen vom Patientenwillen getragen

sind, wenn sich der Patient in ärztliche Behandlung begibt⁴⁸⁵. Die letztere Ansicht ist zumindest zu relativieren: Sinn der Aufklärung ist es, den subjektiven Willen des Patienten zu erforschen und nicht auf den Willen des objektiv besonnenen Menschen abzustellen. Ein ablehnender oder nach objektiven Kriterien unvernünftiger Entscheid des Patienten im Behandlungszeitpunkt ist möglich und vom Arzt zu respektieren. Auf die objektiv richtige Entscheidung des Patienten zu vertrauen, kann in manchen Fällen sehr kritisch sein und sich als unzutreffend erweisen. Dem Einwand, dass es im medizinischen Alltag nicht möglich sei, den Patienten über alles aufzuklären, sollte in dem Sinne Rechnung getragen werden, dass der Patient nicht über jeden Befund, der erstellt wird, aufgeklärt werden muss, wie z.B. darüber, dass die Blutwerte von Kalium, Calcium oder GTP im Labor getestet werden. Jedoch muss der Patient wissen, dass anhand der Blutentnahme getestet wird, ob beispielsweise eine Hepatitis C oder eine HIV-Positivität vorliegt. Durch die Anerkennung der hypothetischen Einwilligung entsteht die Gefahr, dass das Selbstbestimmungsrecht ausgehöhlt wird.

VI. Operationserweiterung

[Rz 345] Grundsätzlich hat der Arzt im Rahmen des Aufklärungsgesprächs den Patienten darauf hinzuweisen, welche vorhersehbaren Möglichkeiten im Rahmen einer Operation bestehen und das Vorgehen während der Operation hat sich nach diesem Gespräch zu richten⁴⁸⁶. Es kann sich aber während der Operation zeigen, dass eine Operationserweiterung oder -änderung erforderlich ist⁴⁸⁷.

[Rz 346] Befindet sich der Arzt nun inmitten der Operation und erfordert die Situation ein Vorgehen, das mit dem Patienten nicht abgesprochen wurde, gibt es zwei Möglichkeiten, wie der Arzt vorgehen kann: Er hat die Operation abbrechen und nach Abklingen der Narkose das weitere Vorgehen zu besprechen und dementsprechend zu handeln. Dieses Vorgehen sollte der Arzt insbesondere dann wählen, wenn ein zeitliches Hinausschieben nicht mit grösseren gesundheitlichen Risiken verbunden ist. Die zweite Möglichkeit besteht darin, dass der Arzt die Operation im Sinne eines mutmasslichen Einverständnisses fortgesetzt wird. Dies ist insbesondere dann unumgänglich, wenn die Unterbrechung der Operation eine ernste Lebensgefahr für den Patienten bedeutet.⁴⁸⁸

⁴⁷⁶ PSCHYREMBEL: Medizinisches Wörterbuch, S. 1361.

⁴⁷⁷ FINK: Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen, S. 155.

⁴⁷⁸ PAYLLIER: Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, S. 80.

⁴⁷⁹ FINK: Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen, S. 155.

⁴⁸⁰ TAG: Strafrecht im Arztalltag, S. 710.

⁴⁸¹ ROGGO: Aufklärung des Patienten, S. 227.

⁴⁸² ROGGO: Aufklärung des Patienten, S. 227.

⁴⁸³ JOSSEN: Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff, S. 157; ROGGO: Aufklärungsrecht des Patienten, S. 227.

⁴⁸⁴ Vgl. z.B. für die Ablehnung im Strafrecht JOSSEN: Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff, S. 162 ff.; für die Zustimmung im Zivilrecht vgl. z.B. BGE 117 Ib 197, 206; vgl. für die Zustimmung im Strafrecht TAG: Strafrecht im Arztalltag, S. 715.

⁴⁸⁵ POLEDNA/BERGER: Öffentliches Gesundheitsrecht, S. 68.

⁴⁸⁶ TAG: Strafrecht im Arztalltag, S. 711.

⁴⁸⁷ TAG: Strafrecht im Arztalltag, S. 710.

⁴⁸⁸ TAG: Strafrecht im Arztalltag, S. 711.

C. Ausnahmen vom Informed Consent beim HIV-Test

I. Verzicht auf vorgängige Aufklärung bei Vorliegen bestimmter Gründe

1. Überblick

[Rz 347] Nachfolgend wird untersucht, ob der HIV-Test auch dann noch einen Eingriff in die körperliche Integrität und das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Patienten darstellt, wenn kumulativ

- eine Blutentnahme aus anderen Gründen ohnehin erfolgt und
- der Patient die medizinische Abklärungsstelle mit klinischen Krankheitszeichen aufgesucht hat mit dem Auftrag, diese abzuklären und
- die klinische Symptomatik auch einmal als Manifestation einer HIV-Infektion auftreten kann.

2. Rechtliche Würdigung

[Rz 348] Zunächst ist zu untersuchen, ob auf die Aufklärung verzichtet werden kann, wenn eine Blutentnahme aus anderen Gründen ohnehin erfolgt. Es wurde in Teil II dargelegt, dass eine Blutentnahme als Eingriff in die persönliche Freiheit bzw. körperliche Integrität gem. Art. 10 Abs. 2 BV, als eine Persönlichkeitsverletzung gem. Art. 28 ZGB und als eine einfache Körperverletzung zu qualifizieren ist, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Ebenfalls wurde in Teil II bei der Behandlung der Aufklärung festgehalten, dass der Patient im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung alle relevanten medizinischen Fakten kennen muss, damit er rechtmässig in den medizinischen Eingriff einwilligen kann. Bezogen auf die Blutentnahme bedeutet dies konkret, dass es nicht sinnvoll ist, den Patienten über jeden Laborbefund, der erhoben wird (wie z.B. Kalium, Calcium oder GTP), aufzuklären. Er muss jedoch wissen, wenn anhand der Blutentnahme getestet wird, ob eine Hepatitis C oder eben auch eine HIV-Positivität vorliegt; dies aus den weiter vorne erläuterten Gründen⁴⁸⁹. Der HIV-Test ist deshalb auch dann noch als Eingriff zu qualifizieren, wenn das Blut zu anderen Zwecken entnommen worden ist; allerdings nicht als Eingriff in die körperliche Integrität, sondern als solcher in das Selbstbestimmungsrecht⁴⁹⁰.

[Rz 349] Im Zusammenhang mit der Eingriffsaufklärung wurde erläutert, dass über Verdachtsmomente dann aufzuklären

ist, wenn sie beim Therapieversuch eine Rolle spielen⁴⁹¹. Weist der Patient nun klinische Krankheitszeichen auf, die (auch) auf HIV/Aids hindeuten könnten, dann geht der Arzt mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit davon aus, dass der Patient HIV-positiv ist; oder er möchte dies zumindest differentialdiagnostisch ausschliessen. Demnach ist der Patient darüber aufzuklären, dass es einen – wenn auch statistisch geringen – Verdacht einer HIV-Infektion gibt, der mit einem HIV-Test abgeklärt werden soll. Er kann und soll dies bei der differentialdiagnostischen Abklärung mit Hinweis auf die entsprechenden Fachempfehlungen tun.

[Rz 350] Es ist weiter zu prüfen, ob auf eine Aufklärung über den HIV-Test verzichtet werden kann, wenn, wiederum zusätzlich zu den soeben behandelten beiden Punkten, die Voraussetzung gegeben ist, dass die klinische Symptomatik auch als Manifestation einer HIV-Infektion auftreten kann. Auf entsprechende Verdachtsmomente sollte der Patient im soeben beschriebenen Sinn und – zur Vermeidung von Missverständnissen – mit Hinweis auf die entsprechenden Fachempfehlungen hingewiesen werden.

[Rz 351] Im Sinne der oben beschriebenen hypothetischen Einwilligung kann ein Eingriff trotz unzureichender oder unterlassener Aufklärung dann gerechtfertigt sein, wenn der Patient mit grosser Wahrscheinlichkeit der ergriffenen medizinischen Massnahme zugestimmt hätte, sofern er vorgängig rechtmässig aufgeklärt worden wäre⁴⁹². Weist der Patient klinische Symptome auf und beauftragt er den Arzt, diese abzuklären, so ist zwar mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass er in einen HIV-Test einwilligen würde, jedoch kann es Einzelfälle geben, in denen sich ein Patient dagegen wehren würde, d.h. nicht nach den objektiv vernünftigen Kriterien im Behandlungszeitpunkt entscheidet. Ein vorschnelles und schematisches Abstellen auf die hypothetische Einwilligung verbietet sich deshalb; vor allem in Fällen, in denen der Arzt vorgängig die Möglichkeit hatte, den Patienten aufzuklären.

[Rz 352] Anders ist möglicherweise die Situation zu würdigen, in welcher der Arzt trotz vorliegender klinischer Symptomatik den Verdacht auf HIV/Aids nicht in die Differentialdiagnose einbezieht und somit auch keinen HIV-Test anordnet. Merken die Fachleute im Labor, dass im vorliegenden Fall auch ein HIV-Test durchgeführt werden könnte, stellen sich zweierlei Fragen: Dürfen diese von sich aus oder mit vorgängiger Information des Arztes – aber ohne Information des Patienten – einen HIV-Test durchführen? Und wie sehen die haftungsrechtlichen Konsequenzen für den Arzt in einem solchen Fall aus? Auf erstere Frage wird in Ziff. II eingegangen, auf die haftungsrechtliche Frage in Teil IV.

⁴⁸⁹ Teil II Ziff. D.

⁴⁹⁰ Zum spezifischen Fall, dass mit der Blutprobe im Rahmen einer epidemiologischen Studie ein Anonymous Unlinked Testing durchgeführt wird, ist auf die Ausführungen in Teil II hinzuweisen; dies kann unter der Einhaltung bestimmter Voraussetzungen rechtmässig sein. Vorliegend handelt es sich um eine andere Fragestellung, weshalb nicht näher darauf eingegangen wird.

⁴⁹¹ Vgl. Teil II Ziff. D.II.2.

⁴⁹² Vgl. Teil III Ziff. B.V.

II. Verzichtsmöglichkeit in spezifischen Fallkonstellationen

1. Patient in der Notfallambulanz ohne genügende akustische Trennung von der Nachbarkoje

[Rz 353] Da die Diskussion des Gesundheitszustands – wie in Teil II beschrieben – Angaben aus der grundsätzlich als geheim geschützten Privatsphäre betrifft, die nur für die betroffene Person bestimmt sind, muss dafür gesorgt werden, dass unbeteiligte Dritte keine Kenntnis davon erhalten. Diese Vorgaben können in der Notfallabteilung, insbesondere wenn die Nachbarkojen besetzt sind, zu praktischen Schwierigkeiten führen. Grundsätzlich werden ärztliche Gespräche öfters in den Kojen geführt, obwohl jedes medizinische Gespräch die Intimsphäre berührt; es ist logistisch in einer Notfallaufnahme schwer möglich dafür zu sorgen, dass kein Dritter etwas von einem solchen Gespräch mitbekommt. Soll deshalb, zum Schutz der Intimsphäre des Patienten, sein – auf gleicher Stufe gewährleitetes – Selbstbestimmungsrecht eingeschränkt und auf eine vorgängige Aufklärung über einen geplanten HIV-Test verzichtet werden? Da die Selbstbestimmung als Kernbestandteil des Arzt-Patienten-Verhältnisses zu werten und der Verzicht auf eine Aufklärung nur als Ultima Ratio zu erwägen ist, ist vorgängig nach anderen Lösungen, d.h. nach Alternativen zum Aufklärungsverzicht zu suchen.

[Rz 354] In einer ersten Situation wird davon ausgegangen, dass ein Patient in die Notfallstation eingeliefert wird, ein HIV-Test als dringend erscheint, der Patient bei vollem Bewusstsein ist und die Möglichkeit besteht, dass unbeteiligte Dritte das Gespräch mitverfolgen können. Mit einer Güterabwägung ist zu ermitteln, welches Rechtsgut höher zu gewichten ist: das Recht auf Selbstbestimmung oder das Recht auf Intimsphäre. Bei beiden Rechtsgütern handelt es sich um rechtlich stark geschützte Interessen. In den letzten Jahrzehnten ist jedoch insbesondere dem Recht auf Selbstbestimmung eine immer höhere Bedeutung zugekommen – es gilt als Kernbestand der Arzt-Patienten-Beziehung und bildet auch im Medizinrecht den zentralen Angelpunkt. Auch das Recht auf Intimsphäre geniesst in der Lehre sowie nach der bundesgerichtlicher Rechtsprechung qualifizierten Schutz. Da keine Interessen Dritter involviert sind, um zu gewichten, ob das Recht auf Intimsphäre oder das Recht auf Selbstbestimmung überwiegt bzw. beide Rechtsgüter im Schutzbereich des Patienten stehen, erscheint es als sinnvoll, diese Entscheidung dem Patienten zu überlassen. Der Arzt soll den Patienten darauf aufmerksam machen, dass er gerne ein ärztliches Gespräch mit ihm führen würde und dabei auch mögliche Erkrankungen angesprochen werden könnten. Er hat den Patienten zugleich darauf aufmerksam zu machen, dass Dritte womöglich einen Teil des Gesprächs mithören könnten. Er soll den Patienten fragen, ob es ihm lieber wäre, das Gespräch hinter verschlossenen Türen zu

führen; vorausgesetzt natürlich, es stehen entsprechende abgeschlossene Räume zur Verfügung. Auf jeden Fall ist es rechtlich nicht haltbar, wenn der Arzt von sich aus entscheidet, den Patienten über die Durchführung des HIV-Tests nicht aufzuklären. Er hat den Patienten – den Umständen entsprechend – im gleichen Umfang aufzuklären wie dies in Teil II Ziff. D festgehalten wurde.

[Rz 355] Es ist einzuräumen, dass diese rechtlichen Vorgaben im medizinischen Alltag schwierig umsetzbar sein können. Insbesondere in der Notfallambulanz ist Zeit kostbar und sind die Ressourcen knapp. Auf der Notfallstation, welche schubweise überfüllt ist und wo sich sowohl Kojen als auch Ärzte als knapp erweisen, dürften häufig keine anderen Räume zur Verfügung stehen, d.h. ein Gespräch hinter verschlossenen Türen wäre kaum zu bewerkstelligen. Zudem steht bei einem Notfall in aller Regel der Gesundheitszustand des Patienten im Vordergrund. Leidet beispielsweise ein Patient an Meningitis, so ist schnelles Handeln und die möglichst rasche Diagnosestellung gefordert⁴⁹³. In einer solchen Konfliktsituation erscheint es uns sinnvoller, dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten den Vorrang vor dem Schutz von dessen Intimsphäre einzuräumen und gegebenenfalls eine den Umständen angepasste Aufklärung des Patienten auch über einen geplanten HIV-Test vorzunehmen; selbst im Hinblick auf das Risiko, dass Dritte das Gespräch mitverfolgen können. Die Brisanz dieser grundsätzlich den Intimbereich betreffenden Information an den Patienten geht denn auch weitgehend verloren, wenn gleichzeitig auf die entsprechende Fachempfehlung zur Durchführung des HIV-Tests verwiesen wird.

[Rz 356] In einer zweiten Situation wird der Patient bewusstlos in die Notfallstation eingeliefert. Wie erläutert, darf eine Aufklärung unterbleiben, wenn der Patient nicht in der Lage ist, sein Selbstbestimmungsrecht wahrzunehmen, was bei Bewusstlosigkeit offensichtlich der Fall ist⁴⁹⁴. Hat der Arzt genügend Zeit, bei den Angehörigen des Patienten dessen mutmasslichen Willen zu erfragen, so hat er dies zu tun. Ist dies aufgrund medizinischer Dringlichkeit nicht möglich, so hat der Arzt nach dem hypothetischen Willen des Patienten zu handeln. Ist der bewusstlose Patient aufgrund von typischen klinischen Symptomen einer HIV-Infizierung eingeliefert worden, so ist davon auszugehen – wenn keine gegenteiligen Hinweise vorliegen – dass der Arzt ohne Aufklärung einen HIV-Test durchführen darf. Der Patient ist im Nachhinein bzw. bei wiedererlangtem Bewusstsein über den vorgenommenen Eingriff zu informieren.

2. Klinische Visite in einem Mehrbettzimmer / Konsultation gemeinsam mit einer Begleitperson

[Rz 357] Bei einer klinischen Visite im Mehrbettzimmer oder einer Konsultation in Begleitung einer weiteren Person ergibt

⁴⁹³ Gespräch vom 3. September 2011 mit Prof. Dr. med. PIETRO VERNAZZA.

⁴⁹⁴ Vgl. Teil III Ziff. B.IV.

sich im Kern die gleiche Problemstellung wie in der Notfallstation, wo die akustische Trennung von der Nachbarkoje ungenügend ist und unbeteiligte Dritte das Gespräch mithören können.

[Rz 358] Die Situation auf einer Notfallstation ist gleichwohl eine leicht andere: Die Notfallstation nimmt Patienten in medizinischen Notfällen auf, um im Sinne einer ersten Hilfe Massnahmen vorzunehmen, damit akute Gesundheitsschäden abgewendet werden können. In Mehrbettzimmern liegen Patienten jedoch im Rahmen einer stationären Behandlung, d.h. nicht in einer medizinischen Notfallsituation. Zwar findet die tägliche Visite in der Praxis auch in Mehrbettzimmern grundsätzlich am Patientenbett statt. Es ist jedoch schwer vorstellbar, dass für bestimmte heikle oder die Intimsphäre betreffende Gespräche keine räumlichen Alternativen zur Verfügung stehen. Die Aufklärung über die geplante Durchführung eines HIV-Tests sollte demnach nicht am Patientenbett im Mehrbettzimmer stattfinden, sondern nur für den Patienten hörbar sein. Somit ist der Patient immer in ein Arztzimmer bzw. in ein Zimmer zu bitten, wo nur die involvierten Personen (Patient und Arzt/Ärztin) über die Durchführung des HIV-Tests diskutieren. Ein Verzicht auf Aufklärung aufgrund der blossen Tatsache, dass ein Patient in einem Mehrbettzimmer liegt, lässt sich nicht rechtfertigen. Anders als in Notfallabteilungen sind die Ressourcen auf den Stationen denn auch weniger knapp, so dass zumindest für ein kurzes Gespräch auch ein anderer (abgeschlossener) Raum zur Verfügung stehen dürfte.

[Rz 359] Befindet sich eine Begleitperson im Zimmer des Patienten und möchte der Arzt den Patienten über den HIV-Test informieren bzw. aufklären, so ist die Begleitperson hinaus zu bitten bzw. hat der Arzt – wenn es seine Kapazitäten erlauben – zu einem anderen Zeitpunkt mit dem Patienten zu sprechen. Der Patient hat im gleichen Rahmen aufgeklärt zu werden, wie dies in Teil II Ziff. D erläutert wurde.

[Rz 360] Auch hier stellt sich die Frage, ob das beschriebene, juristisch korrekte Vorgehen praxistauglich ist. Eine solche Vorgehensweise ist in der Medizin zwar anerkannt und wird auch teilweise umgesetzt⁴⁹⁵, Ressourcenknappheit und Zeitdruck auf Seiten der Ärzte bilden aber auch hier ein nicht zu unterschätzendes praktisches Problem. In vielen Spitälern stehen keine Besprechungszimmer für solche Situationen zur Verfügung. Zudem kann beispielsweise die Bettlägerigkeit eines Patienten die Situation erschweren. Schliesslich kann es im Hinblick auf eine mögliche Diskriminierung eher kontraproduktiv sein, wenn ein Patient für ein Gespräch hinausgebeten wird, da die anderen Patienten im Zimmer darauf aufmerksam gemacht werden, dass der entsprechende Patient gravierend erkrankt sein könnte. Würde der Test ohne Informed Consent durchgeführt, der Patient aber danach informiert, könnten in der Praxis sowohl die Diskriminierung

verhindert als auch die vielen Schwierigkeiten (Ressourcenknappheit, Zeitdruck, Bettlägerigkeit etc.) umgangen werden.⁴⁹⁶

[Rz 361] Trotz der praktischen Schwierigkeiten erscheint es uns nicht zulässig zu sein, in diesen Situationen auf den Informed Consent zu verzichten. Wenn schon in der Notfallsituation, die zuvor beschrieben worden ist, der Selbstbestimmung im unlöslichen Konfliktfall der Vorrang einzuräumen wäre, dann ist dies in dieser viel weniger akuten Situation a fortiori der Fall.

3. Patient in psychisch labilem Zustand

[Rz 362] Befindet sich der Patient in einem psychischen Zustand, in dem ihn die Erwähnung der Möglichkeit einer HIV-Diagnose in einen längeren Ausnahmezustand versetzt (z.B. Aids-Phobie), so stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des bereits erläuterten therapeutischen Privilegs⁴⁹⁷. Beim therapeutischen Privileg geht es darum, «ob und inwieweit der Arzt dem Patienten die Mitteilung des Ergebnisses der Untersuchung oder der Folgen eines Eingriffs bzw. seines Unterbleibens zumuten kann»⁴⁹⁸. Die Grenze der Aufklärung liegt gemäss h.L. und bundesgerichtlicher Rechtsprechung dort, wo die Aufklärung nicht mehr dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts gerecht wird, sondern der Patient durch Angstzustände oder Resignation in seinem Selbstbestimmungswillen eingeschränkt wird⁴⁹⁹. Die Aufklärung ist demnach auf ein solches Mass zu reduzieren, das der Patient verkraften kann. Ein weitgehender Aufklärungsverzicht kann, wie erwähnt, bei einem psychiatrischen Fall vorliegen. Womöglich mag auch ein Austausch mit den Angehörigen helfen, jedoch ist der Schutzbereich der Schweigepflicht zu beachten.

[Rz 363] Wie erwähnt kann die therapeutische Aufklärung grundsätzlich nicht Gegenstand des therapeutischen Privilegs sein, da der Patient wissen muss, wie er sich der Krankheit entsprechend zu verhalten hat. Weiter findet das therapeutische Privileg dort seine Grenze, wo eine Gefährdung Dritter ausgelöst würde. Bei HIV/Aids stellt sich – anders als bei anderen schweren Krankheiten, wie z.B. Diabetes oder Krebs – die Problematik, dass die Krankheit übertragbar ist, wenn der Patient nicht die notwendigen Schutzmassnahmen vorkehrt. Somit sind Dritte gefährdet. Im Falle von HIV/Aids

⁴⁹⁶ Gespräch vom 3. September 2011 mit Prof. Dr. med. PIETRO VERNAZZA.

⁴⁹⁷ Insbesondere ist auch an Hypochonder zu denken. Weiss ein solcher Patient um einen HIV-Test, kann dies zu grossem Schaden führen, da er selbst bei einem negativ ausfallenden Test, stets mit dem Gedanken spielt, HIV zu haben und regelmässig einen solchen Test anfordert, was sich auch unter dem Aspekt der Finanzierung negativ auswirken kann. Gespräch vom 3. September 2011 mit Prof. Dr. med. PIETRO VERNAZZA.

⁴⁹⁸ WIEGAND: Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, S. 142.

⁴⁹⁹ FELLMANN: Art und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 204; ROGGO: Aufklärung des Patienten, S. 224 f.; WIEGAND: Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, S. 143.

⁴⁹⁵ Interview vom 28. März 2011 mit Prof. Dr. med. RAINER WEBER.

ist das therapeutische Privileg deshalb problematischer als bei anderen schweren, nicht übertragbaren Krankheiten.

[Rz 364] Vor der Durchführung des HIV-Tests hat der Arzt «bloss» einen Verdacht auf HIV/Aids. Dieser Verdacht kann sich auf eine grössere oder kleinere Wahrscheinlichkeit einer Erkrankung beziehen. Jedoch sind bereits zu diesem Zeitpunkt – mit der entsprechenden Wahrscheinlichkeit – vitale Interessen Dritter potentiell gefährdet. Somit ist der Arzt verpflichtet, den Patienten darüber aufzuklären, damit sich dieser so verhält, dass das Risiko der Ansteckung Dritter nicht entsteht. Es reicht, wenn der Arzt dem Patienten mitteilt, dass ein Test – ohne Betonung auf die Testung von HIV – durchgeführt wird und er in der Zwischenzeit, bis das Ergebnis vorliegt, die vorgesehenen Schutzmassnahmen vorkehren muss⁵⁰⁰. Kann der Arzt davon ausgehen, dass der Patient sich an die Schutzmassnahmen hält, so reicht diese Information in der konkreten Situation aus. Stellt sich sodann heraus, dass der Test negativ ausgefallen ist, so konnte der Ausnahmezustand des Patienten verhindert werden, da er nicht wusste, dass er auf HIV getestet wurde.

[Rz 365] Liegt ein positives Ergebnis des HIV-Tests vor, ist die Ansteckung erwiesen. Leidet der Patient an einer Aids-Phobie oder an einer sonstigen psychischen Krankheit, die einen Ausnahmezustand bei der Aufklärung über die Krankheit HIV/Aids hervorrufen würde, so kann sich der Arzt auch bei Gewissheit der Diagnose auf das therapeutische Privileg stützen. Jedoch ist die Ansteckungsgefahr nun mit Sicherheit gegeben, weshalb er den Patienten in einem zweiten Gespräch wiederum auf die Schutzmassnahmen hinweisen muss, die vorgekehrt werden müssen. Versichert der Patient, dass er diese vornehmen wird und erscheinen die Aussagen des Patienten glaubwürdig, so darf er auf weitere Ausführungen bezüglich der Diagnose verzichten. Selbstverständlich hat er ihn jedoch über die Einnahme der Medikamente aufzuklären, da sonst die Therapie ins Leere laufen würde.

4. Patient in komplexer Phase der Krankheitsverarbeitung

[Rz 366] Es ist zu untersuchen, ob eine Aufklärung über die Durchführung eines HIV-Tests unterbleiben kann, wenn sich der Patient in einer komplexen Phase der Krankheitsverarbeitung befindet, in der die zusätzliche Erschwerung der Situation allein durch die Erwähnung einer HIV-Infektion als unangebracht erscheint. Als Beispiel ist der HIV-Test bei einem Patienten erwähnt, der soeben über die Diagnose eines Lymphknotenkrebses informiert worden ist.

[Rz 367] Auch hier ist zu prüfen, ob das therapeutische Privileg zur Anwendung kommen könnte. Anders als bei einem psychischen Leiden – wo es im Regelfall ein typisches klinisches Muster gibt bzw. der Arzt das Krankheitsbild und

die dazugehörige Reaktion besser einschätzen kann – ist es bei Patienten, die sich in einer komplexen Phase einer bereits anderen schweren Krankheit befinden, schwieriger einzuschätzen, wie diese auf eine Neudiagnose einer weiteren schweren Krankheit oder nur schon den blossen Verdacht einer solchen (HIV/Aids) reagieren werden. Gerade in solchen Situationen kann es sinnvoll sein, wenn der Arzt im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten das Gespräch mit den nächsten Angehörigen sucht. Im Einzelfall erscheint ein (teilweiser) Verzicht auf die Aufklärung über den geplanten HIV-Test aufgrund des therapeutischen Privilegs zumindest denkbar, wobei auch hier in der Patientenakte zu dokumentieren wäre, weshalb von einer entsprechenden vorgängigen Information abgesehen wurde.

[Rz 368] Der Patient muss allerdings zumindest wissen – ohne dass eine konkrete Erwähnung von HIV/Aids notwendig ist – dass er (vorläufig) Schutzmassnahmen gegenüber Dritten vorkehren muss. Der Patient muss auch über die regelmässige Medikamenteneinnahme informiert werden.

5. Weitere Fallkonstellationen, in denen ein Verzicht auf die Information über den HIV-Test zulässig ist

a. Bewusstlosigkeit

[Rz 369] Die Bewusstlosigkeit wurde bereits als Variante bei der Einlieferung des Patienten in die Notfallstation erläutert. Es kann auf die dortigen Erörterungen verwiesen werden.

b. Urteilsunfähige Kinder als Patienten

[Rz 370] Wie beschrieben, können bei urteilsunfähigen Kindern die Inhaber der elterlichen Gewalt die Zustimmung zum ärztlichen Handeln erteilen. Erachtet ein Arzt die Durchführung eines HIV-Tests bei einem urteilsunfähigen Kind als angebracht, hat er deshalb die Inhaber der elterlichen Gewalt zu informieren. Die Eltern müssen im gleichen Rahmen aufgeklärt zu werden, wie dies in Teil II, Ziff. D erläutert worden ist.

c. Arzt unterlässt trotz eindeutiger Symptome Anordnung eines HIV Test – Durchführung ohne Einwilligung im Labor?

[Rz 371] Denkbar ist die Situation, in welcher der Arzt, trotz entsprechender klinischer Symptomatik, in seiner Differentialdiagnostik die Möglichkeit einer HIV-Infektion nicht in Erwägung zieht. Beauftragt er nun das Labor, die Blutentnahme auf Hepatitis B und Hepatitis C zu untersuchen und stellen die im Labor arbeitenden Medizinalpersonen fest, dass ein HIV-Test angebracht wäre (wie dies Tabelle 2b der FKT-Empfehlung entspricht), so fragt sich, wie diese vorzugehen haben. Können sie einen HIV-Test ohne Information des Arztes durchführen? Müssen sie den Arzt auf einen HIV-Test aufmerksam machen und von diesem das Einverständnis

⁵⁰⁰ Da es viele Krankheiten gibt, welche sexuell übertragbar sind, ist damit nicht implizit gesagt, dass ein HIV-Test durchgeführt wird.

holen? Oder müssen sie den Arzt über die Dringlichkeit eines HIV-Tests informieren, worauf dieser dann zuerst seinen Patienten über den HIV-Test aufzuklären hat, bevor der Test im Labor durchgeführt werden kann?

[Rz 372] Das Laborpersonal darf auf jeden Fall nicht ohne Einverständnis des Arztes handeln, denn es könnte beispielsweise sein, dass bereits eine HIV-Infektion diagnostiziert worden ist und sich ein HIV-Test deshalb als nicht notwendig erweist.

[Rz 373] Weiter ist eine vorgängige Aufklärung des Patienten grundsätzlich auch hier erforderlich. Zwar befindet sich der Patient nicht mehr in der Sprechstunde, doch lassen sich jeder Krankenakte die notwendigen Kontaktdaten entnehmen, um den Patienten zu erreichen. Auch wenn dies zusätzlichen Aufwand für das Laborpersonal und den Arzt bedeutet, ist es die Aufgabe des Labors, den Arzt zu informieren, der in der Folge den Patienten aufzuklären und seine allfällige Einwilligung zum HIV-Test einzuholen hat.

[Rz 374] Ein Verzicht auf die Aufklärung erscheint in dieser Konstellation unzulässig. Der Patient hat im gleichen Rahmen aufgeklärt zu werden, wie dies in Teil II Ziff. D erläutert wurde.

6. Zusammenfassung

[Rz 375] Die Tabellen 2a–2c in der FKT-Empfehlung enthalten klinische Indikationen, Laborverordnungen, und aidsdefinierende Erkrankungen. Bei all diesen Fällen sollte gem. der FKT-Empfehlung ein HIV-Test durchgeführt werden. Ob in diesen Fällen eine Ausnahme vom Informed Consent rechtlich möglich ist, wurde anhand verschiedener möglicher Fallkonstellationen geprüft. Es ist dabei deutlich geworden, dass dies nur in seltenen Fällen möglich sein dürfte.

[Rz 376] Der eine Fall betrifft den bewusstlosen Patienten, bei welchem der HIV-Test als medizinisch notwendig erscheint und die medizinische Dringlichkeit auch keine Information der Angehörigen zulässt. Wichtig ist, dass der Patient nachträglich informiert wird, wenn er wieder bei Bewusstsein ist.

[Rz 377] Der zweite Fall betrifft Konstellationen, in denen das therapeutische Privileg zur Anwendung gelangt. Der Patient ist psychisch – aufgrund einer psychischen Beeinträchtigung oder in einer Phase komplexer Krankheitsverarbeitung – bereits derart angeschlagen, dass er die Information über den Verdacht einer HIV-Infektion nicht verkraften oder ihm die entsprechende Information massgeblich schaden würde. Dabei kann es für den Arzt hilfreich sein, die Situation im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten mit den nächsten Angehörigen zu besprechen, da diese den Patienten besser einschätzen können als der Arzt.

[Rz 378] Wichtig ist, dass trotz der Rücksichtnahme auf den Patienten die Rechtsgüter und Interessen Dritter geschützt werden, d.h. der Patient muss zumindest wissen, dass er (vorerst) gewisse Schutzmassnahmen vorkehren muss, falls

nicht auszuschliessen ist, dass es bis zum Vorliegen des Testresultats zu keinen möglichen Übertragungskontakten kommen dürfte.

[Rz 379] Liegt eine der genannten Ausnahmen vor, hat der Arzt den Grund und die Umstände des Aufklärungsverzichts schriftlich zu dokumentieren.

III. Würdigung der rechtlichen Situation

[Rz 380] Aus juristischer Sicht wird deutlich, dass der Verzicht auf den Informed Consent nur in Ausnahmefällen möglich ist. Der Informed Consent, bzw. der hinter diesem Konzept stehende Schutz des Selbstbestimmungsrechts, hat in Rechtsprechung und Lehre in den letzten Jahren massgeblich an Bedeutung gewonnen. Einschränkungen des Selbstbestimmungsrechts und damit verbundene Möglichkeiten zum Verzicht auf den Informed Consent bedürften (neuer) gesetzlicher Grundlagen, die demokratisch legitimiert wären und für alle Beteiligten die notwendige Klarheit schaffen würden.

[Rz 381] Juristische Theorie und Anforderungen des medizinischen Alltags können in bestimmten Situationen jedoch auseinanderklaffen. Es wird geltend gemacht, dass der Informed Consent in Ausnahmefällen, wie z.B. auf der Notfallstation oder in einem Mehrbettzimmer oder bei einem Hypochonder, nur schwer umzusetzen ist. Es ist zwar auch aus ärztlicher Sicht von grossem Interesse, den Patienten schnellstmöglich über den HIV-Test bzw. über das Testresultat zu informieren, jedoch ist es gelegentlich nur schwer möglich oder auch für den Patienten nicht förderlich, vor Durchführung des HIV-Tests informiert zu werden⁵⁰¹.

[Rz 382] Nach Ansicht von Vertretern der Aids-Hilfe Schweiz muss der Informed Consent – und zwar auch in den meisten Ausnahmesituationen – strikt beachtet werden, da der betroffene Patient im Mittelpunkt steht bzw. seine Individualrechte und sein Schutz vor Diskriminierung gewahrt werden müssen.⁵⁰²

[Rz 383] Es wird deutlich, dass juristische Theorie, medizinischer Alltag und Wünsche der verschiedenen Disziplinen stark auseinanderdriften. Die heutige Rechtslage bezüglich der Ausnahmesituationen vom Informed Consent beim HIV-Test befriedigt, insbesondere im Hinblick auf die Anforderungen des ärztlichen Alltags, nicht vollständig. Es fehlt vorerst an einer möglichst praxistauglichen Lösung, die das Wohl und die Rechte des einzelnen Patienten dennoch klar ins Zentrum stellt. Das heute zu beobachtende oder im vorliegenden Fall zumindest zu befürchtende Auseinanderdriften von juristischen Schranken und ärztlichem Alltag schafft Unsicherheit und Misstrauen und dient letztlich niemandem. Es stellt sich deshalb die Frage, ob für bestimmte Konstellationen auf gesetzlicher Ebene Ausnahmen vom Prinzip des Informed Consent geschaffen werden sollten. Zu diskutieren

⁵⁰¹ Gespräch vom 3. September 2011 mit Prof. Dr. med. PIETRO VERNAZZA.

⁵⁰² Gespräch vom 13. September 2011 mit Dr. phil. HARRY WITZTHUM.

wäre etwa die (gesetzliche) Einführung einer Widerspruchs- oder Opt-Out-Lösung bei bestimmten Indikationen⁵⁰³.

Teil IV: Ausgewählte Haftungsfragen

A. Definition des Behandlungsfehlers

[Rz 384] Bei medizinischen Behandlungen hat der Arzt das notwendige Mass an Sorgfalt anzuwenden, d.h. er muss sein Handeln nach den anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst richten – es ist jedoch nie ein Erfolg geschuldet. Ein typischer Haftungsgrund im Bereich der ärztlichen Tätigkeit ist das Vorliegen eines Behandlungsfehlers. Der ärztliche Behandlungsfehler wird in der schweizerischen Literatur und in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als ein «Verstoss gegen allgemein anerkannte Regeln der ärztlichen Wissenschaft und Praxis infolge eines Mangels an gehöriger Aufmerksamkeit oder Vorsicht» definiert⁵⁰⁴. Mit anderen Worten sind Behandlungsfehler schwere Sorgfaltspflichtverletzungen⁵⁰⁵. Sie können bei einem Diagnose- oder einem Therapiefehler gegeben sein⁵⁰⁶.

[Rz 385] Ein Diagnosefehler liegt vor, wenn die erforderlichen Massnahmen zur Diagnosestellung nicht vorgenommen werden⁵⁰⁷. Ein Therapiefehler kann vorliegen bei der falschen Wahl der Therapie, einer unsorgfältigen Durchführung der Therapie oder einer unsorgfältigen Organisation⁵⁰⁸. Der Arzt hat sämtliche Massnahmen zu ergreifen, um das Behandlungsziel zu erreichen, und alle Handlungen zu unterlassen, die diesen Zweck unterlaufen.

[Rz 386] Der Sorgfaltsmassstab ist im Rahmen der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Haftung einheitlich⁵⁰⁹.

B. Nichtvornahme und Nichtempfehlung eines HIV-Tests

I. Nichtvornahme eines HIV-Tests trotz medizinischer Indikation

1. Behandlungsfehler in der HIV/Aids-Diagnostik

[Rz 387] Es fragt sich, ob die Nichtvornahme eines HIV-Tests, der medizinisch indiziert wäre, eine Sorgfaltspflichtverletzung

darstellt. Eine solche liegt vor, wenn infolge eines Mangels an gehöriger Aufmerksamkeit oder Vorsicht gegen allgemein anerkannte Regeln der ärztlichen Wissenschaft und Praxis verstossen wird.

[Rz 388] In den Tabellen 2a–2c der FKT-Empfehlung sind klinische Indikationen, aidsdefinierende Erkrankungen und Laborverordnungen bei Erwachsenen aufgelistet, bei denen zusätzlich ein HIV-Test durchgeführt werden sollte. Es handelt sich dabei um fundierte Regeln, die von einem Fachgremium erarbeitet worden sind. Wenn also trotz des Vorliegens klinischer Indikationen für einen HIV-Test bzw. aidsdefinierenden Erkrankungen kein HIV-Test durchgeführt wird, kann HIV/Aids nicht diagnostiziert werden. Es kann demnach ein Diagnosefehler und damit eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen.

[Rz 389] Da neben den ärztlichen Kunstregeln auch die Ausbildung, die Berufserfahrung und die konkrete Situation in die Beurteilung einzubeziehen sind, ob eine schwere Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, ist dies ebenfalls zu untersuchen. Bei einigen Stichworten – jedoch bei Weitem nicht bei allen – der genannten Auflistung handelt es sich um Symptome einer HIV-Infektion, die bereits im Medizinstudium erläutert werden und deshalb grundsätzlich von jedem Mediziner in Verbindung mit der Krankheit HIV/Aids gebracht werden sollten.

2. Facharzt für Mikrobiologie bzw. Infektiologie

[Rz 390] Ein Facharzt für Mikrobiologie bzw. Infektiologie ist regelmässig mit der Krankheit HIV/Aids konfrontiert und hat die notwendige Ausbildung und Berufserfahrung, um bei jeder der aufgelisteten klinischen Indikationen bzw. bei Vorliegen einer aidsdefinierenden Krankheit, HIV/Aids in die Differentialdiagnose miteinbeziehen zu können und einen HIV-Test durchführen zu lassen. Ordnet er trotz medizinischer Indikation keinen HIV-Test an, so liegt eine schwere Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne einer Fehldiagnose vor.

3. Allgemeinarzt und Fachärzte aus anderen Disziplinen

[Rz 391] Anders ist die Situation bei Ärzten aus anderen Fachdisziplinen zu beurteilen. Die in den Tabellen aufgeführten Indikationen sind sehr umfassend, zahlreich und detailliert. Wie bereits erwähnt müssen selbst im Rahmen des aktuellen Medizinstudiums nicht alle Symptome bzw. aidsdefinierenden Erkrankungen in Verbindung mit HIV/Aids gebracht werden können.

[Rz 392] Der Allgemeinmediziner bzw. Hausarzt verfügt kaum über die Kapazität, alle klinischen Indikationen bzw. aidsdefinierenden Erkrankungen in Verbindung mit HIV/Aids zu bringen, da er erste Anlaufstelle für jegliches Leiden ist und nicht von ihm verlangt werden kann, jedes Symptom einer

⁵⁰³ Wobei dieser Gedanke zumindest von der deutschen Fachwelt verworfen worden ist; siehe JACOB HÖSL, Zustimmungsvermutung mit Opt-out-Möglichkeit – eine mögliche Lösung?, in: Jusletter vom 26. November 2012.

⁵⁰⁴ KUHN: Arzt und Haftung aus Kunst- bzw. Behandlungsfehlern, S. 605; POLEDNA/BERGER: Öffentliches Gesundheitsrecht, S. 110; BGE 120 II 248, 249 f.

⁵⁰⁵ KUHN: Arzt und Haftung aus Kunst- bzw. Behandlungsfehlern, S. 605.

⁵⁰⁶ Z.B. POLEDNA/BERGER: Öffentliches Gesundheitsrecht, S. 110.

⁵⁰⁷ POLEDNA/BERGER: Öffentliches Gesundheitsrecht, S. 110; BGE 108 II 422 ff.; BGE 57 II 196 ff.

⁵⁰⁸ POLEDNA/BERGER: Öffentliches Gesundheitsrecht, S. 110.

⁵⁰⁹ POLEDNA/BERGER: Öffentliches Gesundheitsrecht, S. 111.

bestimmten Krankheit zuordnen zu können⁵¹⁰. Spezialisiert sich nun ein Arzt auf Orthopädie, Unfallchirurgie, Neurologie oder Onkologie, ist das Problem nochmals anders gelagert. Er wird nur noch in Ausnahmefällen mit Symptomen einer HIV/Aids-Erkrankung konfrontiert werden, da er grundsätzlich ein ganz anderes Arbeitsfeld hat als ein Virologe oder Mikrobiologe. Es fragt sich nun, wie die Sorgfaltspflicht bzw. eine schwere Sorgfaltspflichtverletzung des Allgemeinmediziners bzw. Hausarztes und von anderen Fachärzten in dieser Angelegenheit zu qualifizieren ist.

[Rz 393] Häufig wendet sich ein Patient, wenn er zum ersten Mal ein bestimmtes medizinisches Leiden feststellt, an seinen Hausarzt. Vom Hausarzt ist zu erwarten, dass er grundsätzlich die Symptome und Befunde erkennt und diese so handhabt, dass er den Patienten – wenn es sich um eine geläufige Krankheit innerhalb seiner Kompetenzen handelt – selber behandelt oder – wenn es sich um eine spezielle Krankheit handelt, bei der das Wissen eines Facharztes erforderlich ist – dem richtigen Facharzt zuweist. Handelt er dementsprechend, hat er seine Sorgfaltspflicht gewahrt.

[Rz 394] Wird nun der Patient dem Facharzt zugewiesen, so hat dieser alle Massnahmen zu ergreifen, die in seiner Kompetenz liegen. Ein Neurologe hat beispielsweise eine neurologische Untersuchung durchzuführen. Diagnostiziert er eine ZNS-Toxoplasmose, so ist bei ihm das notwendige Fachwissen zu erwarten, dass er erkennt, dass dies eine aidsdefinierende Erkrankung ist (vgl. Tabelle 2c) und dementsprechend ein HIV-Test durchgeführt werden muss. Mit anderen Worten: Der Neurologe muss die neurologischen Untersuchungen fachgerecht durchführen und dementsprechend die Diagnose treffen. Er muss nur – aber immerhin – die in den Tabellen 2a–2c aufgeführten *neurologischen* Symptome bzw. die *neurologischen* aidsdefinierenden Erkrankungen sowohl erkennen als auch mit HIV/Aids in Zusammenhang bringen und dementsprechend einen HIV-Test anordnen. Diagnostiziert er eine ZNS-Toxoplasmose, hegt aber keinen Verdacht im Hinblick auf HIV/Aids und nimmt somit keinen HIV-Test vor, so liegt ein Diagnosefehler und damit eine schwere Sorgfaltspflichtverletzung vor. Sinngemässes gilt für die anderen Fachdisziplinen. An einem zweiten Beispiel erläutert, bedeutet dies, dass der Onkologe die notwendigen onkologischen Behandlungen durchführen muss. Diagnostiziert er dabei ein Hodgkin Lymphom (klinische Indikation für einen HIV-Test

gem. Tabelle 2a), so hat er einen HIV-Test vorzunehmen. Tut er dies nicht, begeht er eine schwere Sorgfaltspflichtverletzung. Jedoch liegt es nicht in der Kompetenz des Onkologen, beispielsweise eine Tuberkulose (aidsdefinierende Erkrankung gem. Tabelle 2c) zu diagnostizieren geschweige denn anhand der Tuberkulose einen HIV-Test anzuordnen.

[Rz 395] Öfters liegt bei HIV/Aids nicht nur ein Symptom bzw. eine Krankheit vor sondern mehrere. Es fragt sich, wie der Facharzt mit den verschiedenen Krankheiten, welche nur teilweise seinen Fachbereich berühren, umzugehen hat. Dies soll am Ausgangsbeispiel dargestellt werden: Der Neurologe führt die notwendigen neurologischen Untersuchungen am Patienten durch und diagnostiziert, wie erwähnt, die ZNS-Toxoplasmose. Aufgrund seines Fachwissens ist ihm bekannt, dass eine ZNS-Toxoplasmose eine aidsdefinierende Krankheit sein kann. Deshalb lässt er einen HIV-Test durchführen. Der Patient weist jedoch weitere Symptome auf, die der Neurologe nicht genauer erklären kann, da sie ausserhalb seines Fachbereichs liegen. Der Neurologe hat in diesem Fall die Pflicht, sich im Rahmen eines Konsiliums oder eines interdisziplinären Rapports mit den Fachärzten aus den anderen Disziplinen, welche für den vorliegenden Fall von Bedeutung sind, auszutauschen. Hat der Neurologe beispielsweise den Verdacht auf einen Tumor beim Patienten, kann er einen Onkologen beiziehen, welcher die onkologischen Untersuchungen durchführt und beispielsweise ein Hodgkin Lymphom diagnostiziert.

4. Situationsabhängigkeit

[Rz 396] Wie bereits ausgeführt ist neben der Beachtung der ärztlichen Kunstregeln auch die Ausbildung, die Berufserfahrung sowie die konkrete Behandlungssituation zu berücksichtigen. Grundsätzlich sollte bei Verdacht auf HIV/Aids aufgrund der medizinischen Indikation zwar stets ein HIV-Test durchgeführt werden. Man kann sich aber auch Ausnahmesituationen vorstellen, beispielsweise wenn sich ein Patient in der Endphase einer schweren Krankheit befindet und er nur noch palliativ betreut wird. Ist der Tod absehbar, so fragt es sich – nur schon aus ethischen Gründen –, ob ein HIV-Test überhaupt noch notwendig ist. Ebenfalls ist denkbar, dass sich der Patient gegen die Vornahme des HIV-Tests wehrt, obwohl die medizinische Indikation gegeben ist. In diesen Fällen liegt ebenfalls keine Sorgfaltspflichtverletzung vor, da es im Rahmen des Patientenwillens liegt, einen HIV-Test zu verweigern. Weiter kann man sich die Situation vorstellen, dass bei einem bereits schwer kranken Patienten bei einer Feststellung von HIV/Aids die Medikation geändert werden müsste, was sich wiederum nachteilig auf die andere Krankheit auswirken würde. In einer solchen Situation erscheint es

⁵¹⁰ Anders beurteilt dies Prof. Dr. med. PIETRO VERNAZZA. Nach seiner Ansicht sind die Symptome, die in der Tabelle 2a–2c aufgelistet sind, vom Hausarzt zu erkennen. Die Veröffentlichung im BAG-Bulletin verdeutliche diese Erkennungsnotwendigkeit. Die Nichtbeachtung eines solchen Symptoms bzw. die Nichtanordnung eines HIV-Tests trotz vorhandener Symptome wäre dann als Sorgfaltspflichtverletzung zu qualifizieren, die eine Haftung zur Folge hätte (Gespräch vom 3. September 2011 mit Prof. Dr. med. PIETRO VERNAZZA). Wie eine aktuelle Erhebung zeigt, wird die FKT-Empfehlung in der Praxis jedoch kaum beachtet und ist zahlreichen Medizinerinnen nicht bekannt (siehe MATTHIAS CAVASSINI, When recommendations and laws miss their objectives, in: Jusletter vom 26. November).

angebracht, wenn der Arzt im Einvernehmen mit dem Patienten auf die Untersuchung von HIV/Aids verzichtet.

5. Haftung

[Rz 397] Liegt eine schwere Sorgfaltspflichtverletzung vor, so ist dies als Behandlungsfehler zu qualifizieren. Nicht jede Sorgfaltspflichtverletzung stellt demnach auch einen ärztlichen Kunstfehler dar⁵¹¹. Ein Behandlungsfehler begründet die Widerrechtlichkeit bzw. stellt eine Vertragsverletzung dar. Kann ein Schaden bezeichnet werden, besteht eine Kausalität zwischen dem Behandlungsfehler und dem eingetretenen Schaden und ist dem Arzt ein Verschulden vorzuwerfen, so macht er sich – je nachdem, ob er in einem öffentlich-rechtlichen oder einem privatrechtlichen Verhältnis tätig wird – gemäss Staatshaftungsrecht oder Vertrags- und ausservertraglicher Haftung haftbar.

[Rz 398] Daneben kann der Arzt auch strafrechtlich belangt werden. Im Falle einer vorsätzlichen Pflichtverletzung (die in der Praxis wohl nur in den seltensten Fällen vorkommen dürfte), kommt eine vorsätzliche Tötung gem. Art. 111 StGB bzw. eine vorsätzliche Körperverletzung gem. Art. 123 StGB in Betracht, da keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind. Hat der Arzt die schwere Sorgfaltspflichtverletzung fahrlässig begangen, so liegt eine fahrlässige Tötung gem. Art. 114 StGB bzw. eine fahrlässige Körperverletzung gem. Art. 125 StGB vor⁵¹².

II. Nichtempfehlung eines HIV-Tests trotz medizinischer Indikation

[Rz 399] Die Erörterungen in Teil III haben zwar nicht zum Schluss geführt, dass im Rahmen differentialdiagnostischer Abklärungen stets die Pflicht zur Information vor dem HIV-Test besteht, da im Notfall oder im Rahmen des therapeutischen Privilegs Ausnahmen geben kann. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich demnach nur auf jene Konstellationen, in denen keine der genannten Ausnahmen greift, in denen also auf jeden Fall informiert werden müsste.

[Rz 400] Wie bereits erörtert stellen die Auflistungen von klinischen Indikationen bzw. aidsdefinierenden Erkrankungen in den Tabellen 2a–2c Situationen dar, in denen nach dem gegenwärtigen Stand der Wissenschaft ein HIV-Test indiziert ist bzw. von einem Fachgremium empfohlen wird. Die Beachtung dieser Empfehlungen kann als Teil der ärztlichen Kunst, d.h. des entsprechenden Massstabs der *lex artis* verstanden werden.

[Rz 401] Das Nichtbefolgen ärztlicher Kunstregeln kann eine schwere Sorgfaltspflichtverletzung darstellen; allerdings lässt sich dies, wie bereits ausgeführt, nicht schematisch in diesem Sinne behaupten. Neben den Regeln der ärztlichen

Kunst bzw. Wissenschaft sind weitere Kriterien herangezogen worden, wie etwa die Ausbildung des Arztes, seine Berufserfahrung und die Umstände der konkreten Situation.

[Rz 402] Als mögliche Ausnahme erscheint auch hier die Situation, dass sich der Patient in einem Endstadium einer schweren Krankheit befindet und deshalb die Durchführung des HIV-Tests als zusätzliche Qual und Belastung empfunden wird. Insbesondere ist in einer solchen Situation aufgrund der Diagnose von HIV/Aids kein Therapieerfolg ersichtlich. Liegt in einem solchen Fall eine klinische Indikation bzw. eine aidsdefinierende Erkrankung gem. Tabellen 2a–2c der FKT-Empfehlung vor, so erscheint die Nichtempfehlung eines HIV-Tests denkbar.

[Rz 403] Ansonsten und auch im Regelfall stellt das Nichtempfehlen eines HIV-Tests bei Vorliegen von klinischen Indikationen für einen HIV-Test bzw. aidsdefinierenden Erkrankungen gem. Tabellen 2a–2c der FKT-Empfehlung eine Sorgfaltspflichtverletzung dar.

Teil V: Zusammenfassung der Ergebnisse⁵¹³

A. Allgemeine Fragen zum Informed Consent beim HIV-Test

[Rz 404] *Ist die im Grundlagenwerk «Drei Gutachten zu Aids» von 1991 dargestellte Rechtslage bezüglich «Informed Consent» beim HIV-Test im Lichte der seit diesem Zeitpunkt erfolgten Änderungen (Normalisierungsprozesse, Behandelbarkeit der HIV-Infektion seit Mitte der 90er Jahre, Erkenntnisse über die Notwendigkeit früher Therapie und über die Nichtinfektiosität etc.) noch gültig? Wie wirken sich (allenfalls) die medizinischen und gesellschaftlichen Veränderungen auf die in den damaligen Gutachten dargestellte Rechtslage bezüglich HIV-Tests aus?*

[Rz 405] Der HIV-Test stellt aus der Sicht des öffentlichen Rechts, des Privatrechts sowie auch des Strafrechts einen Eingriff in den Schutzbereich des Patienten dar. Im öffentlichen Recht ergibt sich der Schutzbereich aus der persönlichen Freiheit gem. Art. 10 Abs. 2 BV, im Privatrecht aus dem Persönlichkeitsrecht gem. Art. 28 ZGB und im Strafrecht aus dem Schutzgut der körperlichen Integrität, das den Körperverletzungsdelikten und namentlich der einfachen Körperverletzung gem. Art. 123 StGB zu Grunde liegt.

[Rz 406] Das Selbstbestimmungsrecht ist im öffentlichen Recht im gleichen Umfang gewährleistet wie im Privatrecht. Es braucht eine Einwilligung des Patienten, damit der

⁵¹¹ Kuhn: Arzt und Haftung aus Kunst- bzw. Behandlungsfehler, S. 605.

⁵¹² Zu den einzelnen Tatbestandselementen von den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten sind die Ausführungen in Teil II Ziff. E.III. zu beachten.

⁵¹³ Die nachfolgende Zusammenfassung folgt der am Anfang der Abhandlung dargelegten Fragestellung (Teil I Ziff. B). Sie nimmt weitgehend die jeweiligen Zwischenfazit am Ende der einzelnen Abschnitte auf bzw. wiederholt diese als Antworten auf die konkrete Fragestellung.

HIV-Test durchgeführt werden kann. Für einen heimlichen HIV-Test, d.h. einen HIV-Test ohne vorgängige Information des Patienten, wäre eine gesetzliche Grundlage erforderlich.

[Rz 407] Sowohl im öffentlichen Recht wie auch im Privat- und Strafrecht fehlt es jedoch an einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage, die – von den sogleich unter B genannten Ausnahmen abgesehen – einen HIV-Test ohne Informed Consent zulassen würde.

[Rz 408] HIV/Aids ist heute medizinisch wie auch gesellschaftlich kaum mehr die Sonderstellung zuzuschreiben, wie dies im Jahr 1991 noch möglich und wohl auch nötig war. Eine HIV-Infektion ist heute therapierbar und verläuft im Normalfall nicht mehr tödlich. Auch der gesellschaftliche Umgang mit der Krankheit hat sich gewandelt, nicht zuletzt aufgrund verschiedener Aufklärungskampagnen. Direkte und offensichtliche Diskriminierungen Betroffener sind zurückgegangen, was jedoch nicht heisst, dass keine Diskriminierung mehr besteht. Diese hat sich vielmehr auf eine andere, strukturelle Ebene verlagert und ist weniger sichtbar.

[Rz 409] Anders als in den Gutachten von GUILLOD, ZENGER und KUNZ ist es heute deshalb in vielen Bereichen nicht mehr zutreffend und sinnvoll, mit einer Sonderstellung der Krankheit HIV/Aids zu argumentieren. Gleichwohl führt nach unserem Verständnis eine entsprechend veränderte Argumentation zu weitgehend ähnlichen Resultaten, wie sie bereits 1991 von GUILLOD, ZENGER und KUNZ präsentiert wurden. Dies liegt in erster Linie darin begründet, dass das Patientenrecht auf Selbstbestimmung in den letzten zwanzig Jahren auf allen Ebenen konkretisiert und gestärkt worden ist und heute den eigentlichen Angelpunkt des Medizinrechts bildet.

[Rz 410] Der Grundsatz des Informed Consent entspricht prinzipiell auch den Vorstellungen der Medizin bzw. der Ärzteschaft⁵¹⁴. Auch die Ärzte sind der Auffassung, dass der Arzt die Aufgabe hat, grundsätzlich den Patienten bei Verdacht auf HIV/Aids bezüglich eines HIV-Tests aufzuklären, und dass er erst nach erfolgter Einwilligung des Patienten einen HIV-Test durchführen kann.

[Rz 411] Es wird jedoch im Hinblick auf den HIV-Test über eine Relativierung des Informed Consent nachgedacht. So könnte gegebenenfalls die weitere Ausbreitung von HIV/Aids verhindert werden, wenn Hausärzte bei Symptomen frühzeitig reagieren und ohne zusätzlichen Aufwand einen HIV-Test anordnen könnten⁵¹⁵. Die jeweiligen Symptome, die einen HIV-Test als Routineverfahren verlangen, sind im Bulletin des BAG publiziert⁵¹⁶. Selbst wenn in 99% aller in der Liste aufgeführten Symptome der HIV-Test negativ ausfallen

wird, könnte ein HIV-Test angebracht erscheinen, da dieser heute sowohl finanziell als auch bezüglich des Aufwands nicht massgeblich ins Gewicht fällt und die Konsequenzen einer verpassten HIV-Diagnose umso gravierender sind⁵¹⁷. Interessen des öffentlichen und individuellen Gesundheitsschutzes sprechen also für eine vermehrte HIV-Testung.

[Rz 412] Unsere Analyse der geltenden Rechtslage hat allerdings ergeben, dass es an den entsprechenden rechtlichen Grundlagen fehlt, um vermehrt auf den Informed Consent verzichten zu können. Trotz der zahlreichen Veränderungen, die sich bezüglich einer HIV/Aids-Infektion in den letzten 20 Jahren ergeben haben, gehört ein HIV-Test noch nicht zur «Normalität» und ist, wie andere Tests, nur nach vorheriger Aufklärung und Einwilligung zulässig.

[Rz 413] Insofern erachten wir auch eine Interpretation der im März 2010 im BAG-Bulletin publizierten Empfehlung der FKT «*Der HIV-Test auf Initiative des Arztes: Empfehlungen zur Durchführung bei Erwachsenen*», die den Informed Consent in den dort beschriebenen Konstellationen nicht mehr für erforderlich erachtet, als widerrechtlich. Der Wortlaut der Empfehlung lässt aber einen Deutungsspielraum, der auch eine rechtskonforme Interpretation zulässt, d.h. den Informed Consent nicht grundsätzlich relativiert. Nur in dieser letzteren Lesart erscheint uns die Empfehlung in diesem Punkt rechtskonform.

[Rz 414] *Über welche Aspekte muss aus rechtlicher Sicht der Patient in der Regel vor einem HIV-Test aufgeklärt werden, damit informiert in den Test eingewilligt werden kann (möglichst vollständige Auflistung)?*

[Rz 415] Vor einem HIV-Test hat der Arzt den Patienten mindestens über folgende Punkte aufzuklären:

- Die geplante Durchführung eines HIV-Tests.
- Die Gründe (Symptome, Verhaltensweisen etc.), weshalb eine HIV-Infektion abgeklärt bzw. differenzialdiagnostisch ausgeschlossen werden soll.
- Als Vorgriff auf die Verlaufsaufklärung gegebenenfalls der Hinweis auf Therapiemöglichkeiten (im Fall eines positiven HIV-Befundes). Dies erscheint bei Verdacht auf HIV/Aids wichtig, um dem Patienten die Angst vor einer möglichen Seropositivität bzw. dem Test, der diese feststellen könnte, zu nehmen.
- Die grundsätzliche Übernahme der Kosten des HIV-Tests durch die Krankenversicherung, sofern dies für den Patienten von Bedeutung ist.

[Rz 416] Da der Arzt an das Vorwissen des Patienten anknüpfen kann und muss, kann eine Information über die Durchführung eines HIV-Tests auch sehr kurz ausfallen. Gehört der Patient zu einer Risikogruppe und ist er nach dem Wissen des Arztes mit den Gefahren im Zusammenhang mit

⁵¹⁴ Interview vom 30. März 2011 mit Prof. Dr. med. RAINER WEBER; Gespräch vom 3. September 2011 mit Prof. Dr. med. PIETRO VERNAZZA.

⁵¹⁵ Gespräch vom 3. September 2011 mit Prof. Dr. med. PIETRO VERNAZZA.

⁵¹⁶ FKT: Der HIV-Test auf Initiative des Arztes, S. 364 ff.; Vgl. die weiteren Ausführungen hierzu bei den Erläuterungen zu den Haftungsfragen im Teil IV.

⁵¹⁷ Gespräch vom 3. September 2011 mit Prof. Dr. med. PIETRO VERNAZZA.

HIV/Aids vertraut, kann ein blosser Hinweis auf die Durchführung eines HIV-Tests genügen. Bei Patienten, die zu keiner Risikogruppe gehören, bei denen aber differentialdiagnostisch eine HIV-Infektion ausgeschlossen werden soll, kann die Information über den geplanten Test und der Hinweis auf die entsprechenden Fachempfehlungen hierzu ausreichen. Selbstverständlich sind dem Patienten weitere Informationen zu geben, sofern er über diese offensichtlich noch nicht verfügt oder wenn er entsprechende Nachfragen äussert.

[Rz 417] Wichtig ist auch, dass nach dem HIV-Test ein weiteres umfassenderes Aufklärungsgespräch insbesondere bzgl. Diagnose, Verlauf, Therapie und Verhaltensweisen stattfinden muss.

B. Fragen zu möglichen Ausnahmen zum Informed Consent beim HIV-Test

[Rz 418] *Ist der HIV-Test auch dann noch ein Eingriff in die körperliche Integrität und das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Patienten, wenn eine Blutentnahme aus anderen Gründen ohnehin erfolgt und der Patient die medizinische Abklärungsstelle mit klinischen Krankheitszeichen aufgesucht hat mit dem Auftrag, diese abzuklären und die klinische Symptomatik auch einmal als Manifestation einer HIV-Infektion auftreten kann?*

[Rz 419] Zunächst ist zu untersuchen, ob auf die Aufklärung verzichtet werden kann, wenn eine Blutentnahme aus anderen Gründen ohnehin erfolgt. Es wurde in Teil II dargelegt, dass eine Blutentnahme als Eingriff in die persönliche Freiheit bzw. körperliche Integrität gem. Art. 10 Abs. 2 BV, als eine Persönlichkeitsverletzung gem. Art. 28 ZGB und als eine einfache Körperverletzung zu qualifizieren ist, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Ebenfalls wurde in Teil II bei der Behandlung der Aufklärung festgehalten, dass der Patient im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung alle relevanten medizinischen Fakten kennen muss, damit er rechtmässig in den medizinischen Eingriff einwilligen kann. Bezogen auf die Blutentnahme bedeutet dies konkret, dass es nicht sinnvoll ist, den Patienten über jeden Laborbefund, der erhoben wird (wie z.B. Kalium, Calcium oder GTP), aufzuklären. Er muss jedoch wissen, wenn anhand der Blutentnahme getestet wird, ob eine Hepatitis C oder eben auch eine HIV-Positivität vorliegt; dies aus den weiter vorne erläuterten Gründen⁵¹⁸. Der HIV-Test ist deshalb auch dann noch als Eingriff zu qualifizieren, wenn das Blut zu anderen Zwecken entnommen worden ist; allerdings nicht als Eingriff in die körperliche Integrität, sondern als solcher in das Selbstbestimmungsrecht⁵¹⁹.

[Rz 420] Im Zusammenhang mit der Eingriffsaufklärung wurde erläutert, dass über Verdachtsmomente dann aufzuklären ist, wenn sie beim Therapieversuch eine Rolle spielen⁵²⁰. Weist der Patient nun klinische Krankheitszeichen auf, die (auch) auf HIV/Aids hindeuten könnten, dann geht der Arzt mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit davon aus, dass der Patient HIV-positiv ist; oder er möchte dies zumindest differentialdiagnostisch ausschliessen. Demnach ist der Patient darüber aufzuklären, dass es einen – wenn auch statistisch geringen – Verdacht einer HIV-Infektion gibt, der mit einem HIV-Test abgeklärt werden soll. Er kann und soll dies bei der differentialdiagnostischen Abklärung mit Hinweis auf die entsprechenden Fachempfehlungen tun.

[Rz 421] Es ist weiter zu prüfen, ob auf eine Aufklärung über den HIV-Test verzichtet werden kann, wenn, wiederum zusätzlich zu den soeben behandelten beiden Punkten, die Voraussetzung gegeben ist, dass die klinische Symptomatik auch als Manifestation einer HIV-Infektion auftreten kann. Auf entsprechende Verdachtsmomente sollte der Patient im soeben beschriebenen Sinn und – zur Vermeidung von Missverständnissen – mit Hinweis auf die entsprechenden Fachempfehlungen hingewiesen werden.

[Rz 422] Im Sinne der oben beschriebenen hypothetischen Einwilligung kann ein Eingriff trotz unzureichender oder unterlassener Aufklärung dann gerechtfertigt sein, wenn der Patient mit grosser Wahrscheinlichkeit der ergriffenen medizinischen Massnahme zugestimmt hätte, sofern er vorgängig rechtmässig aufgeklärt worden wäre⁵²¹. Weist der Patient klinische Symptome auf und beauftragt er den Arzt, diese abzuklären, so ist zwar mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass er in einen HIV-Test einwilligen würde, jedoch kann es Einzelfälle geben, in denen sich ein Patient dagegen wehren würde, d.h. nicht nach den objektiv vernünftigen Kriterien im Behandlungszeitpunkt entscheidet. Ein vorschnelles und schematisches Abstellen auf die hypothetische Einwilligung verbietet sich deshalb; vor allem in Fällen, in denen der Arzt vorgängig die Möglichkeit hatte, den Patienten aufzuklären.

[Rz 423] *Wie ist die FKT-Empfehlung bezüglich «Verzichtsmöglichkeit auf die vorgängige Aufklärung im Rahmen differentialdiagnostischer Abklärungen» rechtlich zu würdigen? Bei der rechtlichen Würdigung sind folgende Aspekte zu berücksichtigen: Es geht um Situationen, in denen die Information dem Patienten potentiell mehr Schaden als Nutzen bringen könnte. Wie sind folgende Konstellationen zu würdigen? Aus ärztlicher Sicht kann die vorgängige Aufklärung in namentlich folgenden Situationen für den Patienten nachteilig sein:*

- Patient befindet sich in der Notfallambulanz und hat

eingegangen wird.

⁵²⁰ Vgl. Teil II Ziff. D.II.2.

⁵²¹ Vgl. Teil III Ziff. B.V.

⁵¹⁸ Teil II Ziff. D.

⁵¹⁹ Zum spezifischen Fall, dass mit der Blutprobe im Rahmen einer epidemiologischen Studie ein Anonymous Unlinked Testing durchgeführt wird, ist auf die Ausführungen in Teil II hinzuweisen; dies kann unter der Einhaltung bestimmter Voraussetzungen rechtmässig sein. Vorliegend handelt es sich um eine andere Fragestellung, weshalb nicht näher darauf

keine genügende akustische Trennung von der Nachbarkoje

- *Klinische Visite in einem Mehrbettzimmer resp. Konsultation gemeinsam mit einer Begleitperson (z.B. Mutter, Schwester, Bekannte, Arbeitskollege)*
- *Patienten in psychischen Zuständen, in welchen eine Erwähnung der Möglichkeit einer HIV-Diagnose den Patienten in einen längerdauernden Ausnahmezustand versetzen würde (z.B. Aids-Phobie)*
- *Abklärungen in Situationen, in welchen sich ein Patient gerade in einer komplexen Phase der Krankheitsverarbeitung befindet, in der die zusätzliche Erschwerung der Situation allein durch die Erwähnung einer HIV-Infektion als unangebracht erscheint (z.B. HIV-Test bei einem Patienten, der soeben über die Diagnose eines Lymphknotenkrebses informiert wurde).*

[Rz 424] *Des Weiteren ist zu prüfen, ob in weiteren Situationen ein Verzicht auf die Information über den HIV-Test zulässig ist.*

[Rz 425] Die Tabellen 2a–2c in der FKT-Empfehlung enthalten klinische Indikationen, Laborverordnungen, und aidsdefinierende Erkrankungen. Bei all diesen Fällen sollte gem. der FKT-Empfehlung ein HIV-Test durchgeführt werden. Ob in diesen Fällen eine Ausnahme vom Informed Consent rechtlich möglich ist, wurde anhand verschiedener möglicher Fallkonstellationen geprüft⁵²². Es ist dabei deutlich geworden, dass dies nur in seltenen Fällen möglich sein dürfte.

[Rz 426] Der eine Fall betrifft den bewusstlosen Patienten, bei welchem der HIV-Test als medizinisch notwendig erscheint und die medizinische Dringlichkeit auch keine Information der Angehörigen zulässt. Wichtig ist, dass der Patient nachträglich informiert wird, wenn er wieder bei Bewusstsein ist.

[Rz 427] Der zweite Fall betrifft Konstellationen, in denen das therapeutische Privileg zur Anwendung gelangt. Der Patient ist psychisch – aufgrund einer psychischen Beeinträchtigung oder in einer Phase komplexer Krankheitsverarbeitung – bereits derart angeschlagen, dass er die Information über den Verdacht einer HIV-Infektion nicht verkraften oder ihm die entsprechende Information massgeblich schaden würde. Dabei kann es für den Arzt hilfreich sein, die Situation im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten mit den nächsten Angehörigen zu besprechen, da diese den Patienten besser einschätzen können als der Arzt.

[Rz 428] Wichtig ist, dass trotz der Rücksichtnahme auf den Patienten die Rechtsgüter und Interessen Dritter geschützt werden, d.h. der Patient muss zumindest wissen, dass er (vorerst) gewisse Schutzmassnahmen vorkehren muss, falls nicht auszuschliessen ist, dass es bis zum Vorliegen des Testresultats zu keinen möglichen Übertragungskontakten kommen dürfte.

[Rz 429] Liegt eine der genannten Ausnahmen vor, hat der Arzt den Grund und die Umstände des Aufklärungsverzichts schriftlich zu dokumentieren.

[Rz 430] Der Informed Consent, bzw. der hinter diesem Konzept stehende Schutz des Selbstbestimmungsrechts, hat in Rechtsprechung und Lehre in den letzten Jahren massgeblich an Bedeutung gewonnen. Einschränkungen des Selbstbestimmungsrechts und damit verbundene Möglichkeiten zum Verzicht auf den Informed Consent bedürften (neuer) gesetzlicher Grundlagen, die demokratisch legitimiert wären und für alle Beteiligten die notwendige Klarheit schaffen würden.

[Rz 431] Juristische Theorie und Anforderungen des medizinischen Alltags können in bestimmten Situationen jedoch auseinanderklaffen. Es wird geltend gemacht, dass der Informed Consent in Ausnahmefällen, wie z.B. auf der Notfallstation oder in einem Mehrbettzimmer oder bei einem Hypochonder, nur schwer umzusetzen ist. Es ist zwar auch aus ärztlicher Sicht von grossem Interesse, den Patienten schnellstmöglich über den HIV-Test bzw. über das Testresultat zu informieren, jedoch ist es gelegentlich nur schwer möglich oder auch für den Patienten nicht förderlich, vor Durchführung des HIV-Tests informiert zu werden⁵²³.

[Rz 432] Nach Ansicht von Vertretern der Aids-Hilfe Schweiz muss der Informed Consent – und zwar auch in den meisten Ausnahmesituationen – strikt beachtet werden, da der betroffene Patient im Mittelpunkt steht bzw. seine Individualrechte und sein Schutz vor Diskriminierung gewahrt werden müssen.⁵²⁴

[Rz 433] Es wird deutlich, dass juristische Theorie, medizinischer Alltag und Wünsche der verschiedenen Disziplinen stark auseinanderdriften. Die heutige Rechtslage bezüglich der Ausnahmesituationen vom Informed Consent beim HIV-Test befriedigt, insbesondere im Hinblick auf die Anforderungen des ärztlichen Alltags, nicht vollständig. Es fehlt vorerst an einer möglichst praxistauglichen Lösung, die das Wohl und die Rechte des einzelnen Patienten dennoch klar ins Zentrum stellt. Das heute zu beobachtende oder im vorliegenden Fall zumindest zu befürchtende Auseinanderdriften von juristischen Schranken und ärztlichem Alltag schafft Unsicherheit und Misstrauen und dient letztlich niemandem. Es stellt sich deshalb die Frage, ob für bestimmte Konstellationen auf gesetzlicher Ebene Ausnahmen vom Prinzip des Informed Consent geschaffen werden sollten. Zu diskutieren wäre etwa die (gesetzliche) Einführung einer Widerspruchs- oder Opt-Out-Lösung bei bestimmten Indikationen⁵²⁵.

[Rz 434] *Falls die Gutachter zum Schluss kommen, das auf*

⁵²² Siehe hierzu eingehend Teil III Ziff. C. II.

⁵²³ Gespräch vom 3. September 2011 mit Prof. Dr. med. PIETRO VERNAZZA.

⁵²⁴ Gespräch vom 13. September 2011 mit Dr. phil. HARRY WITZTHUM.

⁵²⁵ Wobei dieser Gedanke zumindest von der deutschen Fachwelt verworfen worden ist; siehe JACOB HÖSL, Zustimmungsvermutung mit Opt-out-Möglichkeit – eine mögliche Lösung?, in: Jusletter vom 26. November 2012.

die Aufklärung über den HIV-Test auch in den gerade geschilderten Umständen nicht verzichtet werden kann: Welche Information müssen den Patienten vor dem HIV-Test in diesen Situationen gegeben werden?

[Rz 435] Bei Situationen, in denen nicht auf die Aufklärung über den HIV-Test verzichtet werden kann, müssen die gleichen Informationen gegeben werden, wie sie in Teil V Ziff. A. beschrieben worden sind. Wie dort ausgeführt, kann die Information über einen geplanten HIV-Test auch recht kurz ausfallen und darf der jeweiligen Situation angemessen sein, d.h. ein blosser Hinweis kann – je nach den Umständen – genügen.

C. Haftungsfragen

[Rz 436] Stellt die Nichtvornahme eines HIV-Tests eine haftungsrechtlich relevante Sorgfaltspflichtverletzung dar, wenn Situationen vorliegen, in denen gemäss den FKT-Empfehlungen die Vornahme eines HIV-Tests indiziert ist?

[Rz 437] Liegt eine schwere Sorgfaltspflichtverletzung vor, so ist dies als Behandlungsfehler zu qualifizieren. Nicht jede Sorgfaltspflichtverletzung stellt demnach auch einen ärztlichen Kunstfehler dar⁵²⁶.

[Rz 438] Kann ein Schaden bezeichnet werden, besteht eine Kausalität zwischen dem Behandlungsfehler und dem eingetretenen Schaden und ist dem Arzt ein Verschulden vorzuwerfen, so macht er sich – je nachdem, ob er in einem öffentlich-rechtlichen oder einem privatrechtlichen Verhältnis tätig wird – gemäss Staatshaftungsrecht oder Vertrags- und ausservertraglicher Haftung haftbar.

[Rz 439] In den Tabellen 2a–2c der FKT-Empfehlung sind klinische Indikationen, aidsdefinierende Erkrankungen und Laborverordnungen bei Erwachsenen aufgelistet, bei denen zusätzlich ein HIV-Test durchgeführt werden sollte. Es handelt sich dabei um fundierte Regeln, die von einem Fachgremium erarbeitet worden sind. Wenn also trotz des Vorliegens klinischer Indikationen für einen HIV-Test bzw. aidsdefinierenden Erkrankungen kein HIV-Test durchgeführt wird, kann HIV/Aids nicht diagnostiziert werden. Es kann demnach ein Diagnosefehler und damit eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen.

[Rz 440] Da neben den ärztlichen Kunstregeln auch die Ausbildung, die Berufserfahrung und die konkrete Situation in die Beurteilung einzubeziehen sind, ob eine schwere Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, ist dies ebenfalls zu untersuchen. Bei einigen Stichworten – jedoch bei Weitem nicht bei allen – der genannten Auflistung handelt es sich um Symptome einer HIV-Infektion, die bereits im Medizinstudium erläutert werden und deshalb grundsätzlich von jedem Mediziner in

Verbindung mit der Krankheit HIV/Aids gebracht werden sollten⁵²⁷.

[Rz 441] Falls die Gutachter zum Schluss kommen, die Pflicht zur Information vor dem HIV-Test im Rahmen differentialdiagnostischer Abklärungen bestehe ohne Ausnahme: Kann das Nichtempfehlen eines HIV-Tests bei Vorliegen entsprechender Situationen eine haftungsrechtlich relevante Sorgfaltspflichtverletzung darstellen?

[Rz 442] Die Erörterungen in Teil III haben zwar nicht zum Schluss geführt, dass im Rahmen differentialdiagnostischer Abklärungen stets die Pflicht zur Information vor dem HIV-Test besteht, da es im Notfall oder im Rahmen des therapeutischen Privilegs Ausnahmen geben kann. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich demnach nur auf jene Konstellationen, in denen keine der genannten Ausnahmen greift, in denen also auf jeden Fall informiert werden müsste.

[Rz 443] Wie bereits erörtert, stellen die Auflistungen von klinischen Indikationen bzw. aidsdefinierenden Erkrankungen in den Tabellen 2a–2c Situationen dar, in denen nach dem gegenwärtigen Stand der Wissenschaft ein HIV-Test indiziert ist bzw. von einem Fachgremium empfohlen wird. Die Beachtung dieser Empfehlungen kann als Teil der ärztlichen Kunst, d.h. des entsprechenden Massstabs der lex artis verstanden werden.

[Rz 444] Das Nichtbefolgen ärztlicher Kunstregeln kann eine schwere Sorgfaltspflichtverletzung darstellen; allerdings lässt sich dies, wie bereits ausgeführt, nicht schematisch in diesem Sinne behaupten. Neben den Regeln der ärztlichen Kunst bzw. Wissenschaft müssen weitere Kriterien herangezogen werden wie etwa die Ausbildung des Arztes, seine Berufserfahrung und die Umstände der konkreten Situation.

[Rz 445] Als mögliche Ausnahme erscheint auch hier die Situation, dass sich der Patient in einem Endstadium einer schweren Krankheit befindet und deshalb die Durchführung des HIV-Tests als zusätzliche Qual und Belastung empfunden wird. Insbesondere ist in einer solchen Situation aufgrund der Diagnose von HIV/Aids kein Therapieerfolg ersichtlich. Liegt in einem solchen Fall eine klinische Indikation

⁵²⁶ KUHN: Arzt und Haftung aus Kunst- bzw. Behandlungsfehler, S. 605.

⁵²⁷ Der Allgemeinmediziner bzw. Hausarzt verfügt nach unserer Einschätzung über die Kapazität, alle klinischen Indikationen bzw. aidsdefinierenden Erkrankungen in Verbindung mit HIV/Aids zu bringen, da er erste Anlaufstelle für jegliches Leiden ist und nicht von ihm verlangt werden kann, jedes Symptom einer bestimmten Krankheit zuordnen zu können. Anders beurteilt dies Prof. Dr. med. PIETRO VERNAZZA. Nach seiner Ansicht sind die Symptome, die in der Tabelle 2a–2c aufgelistet sind, vom Hausarzt zu erkennen. Die Veröffentlichung im BAG-Bulletin verdeutliche diese Erkennungsnotwendigkeit. Die Nichtbeachtung eines solchen Symptoms bzw. die Nichtanordnung eines HIV-Tests trotz vorhandener Symptome wäre dann als Sorgfaltspflichtverletzung zu qualifizieren, die eine Haftung zur Folge hätte (Gespräch vom 3. September 2011 mit Prof. Dr. med. PIETRO VERNAZZA). Wie eine aktuelle Erhebung zeigt, wird die FKT-Empfehlung in der Praxis jedoch kaum beachtet und ist zahlreichen Medizinerinnen nicht bekannt (siehe MATTHIAS CAVASSINI, When recommendations and laws miss their objectives, in: Jusletter vom 26. November).

bzw. eine aidsdefinierende Erkrankung gem. Tabellen 2a–2c der FKT-Empfehlung vor, so erscheint die Nichtempfehlung eines HIV-Tests denkbar.

[Rz 446] Ansonsten und auch im Regelfall stellt das Nichtempfehlen eines HIV-Tests bei Vorliegen von klinischen Indikationen für einen HIV-Test bzw. aidsdefinierende Erkrankungen gem. Tabellen 2a–2c der FKT-Empfehlung eine Sorgfaltspflichtverletzung dar.

Literatur

AEBI-MÜLLER REGINA E., Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland, Bern 2005.

AIDS-HILFE SCHWEIZ, Positionspaper, Strafbarkeit der HIV-Übertragung, Zürich 2010.

BATEGAY MANUEL, FLÜCKIGER URSULA, HIRSCHEL BERNARD, FÜRER HANSJAKOB, Late Presentation of HIV-infected individuals, in: International Medical Press, 2007, S. 841 ff. [zit. BATEGAY MANUEL ET AL.: Late Presentation of HIV-infected individuals].

BÖCKER WERNER/DENK HELMUT/HEITZ PHILIPP U./MOCH HOLGER, Pathologie, 4. Auflage, München/Jena 2008.

BONDOLFI ALBERTO, Die moralischen Prinzipien medizinischen Handelns, in: BONDOLFI ALBERTO/MÜLLER HANSJAKOB (HRSG.): Medizinische Ethik im ärztlichen Alltag, Basel/Bern 1999, S. 83 ff. [zit. BONDOLFI: Die moralischen Prinzipien medizinischen Handelns].

BREITSCHMID PETER/RUMO-JUNGO ALEXANDRA (HRSG.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen-, Familien- und Erbrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012 [zit. CHK-AUTOR: Art. x ZGB, Rz. y].

BRÜCKNER CHRISTIAN, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000.

BUCHER EUGEN, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte: insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Diss. Zürich 1956.

BUCHER EUGEN, Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, in: Arzt und Recht, BTJP 1984, Bern 1985, S. 39 ff.

BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (BAG), Nationales HIV/Aids-Programm 2004–2008 [zit. BAG: Nationales HIV/Aids-Programm 2004–2008].

BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (BAG), Nationales Programm, HIV und andere sexuell übertragbare Infektionen (NPHS) 2011–2017.

DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008.

DONATSCH ANDREAS/FLACHSMANN STEFAN /HUG MARKUS/WEDER ULRICH, Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch,

18. Auflage, Zürich 2010 [zit.: StGB-AUTOR: Art. x StGB, Rz. y].

DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011.

EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (HRSG.), St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 2. Auflage, St. Gallen 2008 [zit. AUTOR: St. Galler Kommentar zu Art. x, Rz. y].

EISNER BEAT, Die Aufklärungspflicht des Arztes, Bern 1992.

FACHKOMMISSION KLINIK UND THERAPIE (FKT), HIV-Testung während der Schwangerschaft, in: Bulletin des Bundesamtes für Gesundheit (BAG), 24. Februar 2003, S. 152 f. [zit. FKT: HIV-Testung während der Schwangerschaft].

FACHKOMMISSION KLINIK UND THERAPIE (FKT), Der HIV-Test auf Initiative des Arztes: Empfehlungen zur Durchführung bei Erwachsenen, in: BAG Bulletin 11/2010, S. 364 ff. [zit. FKT: Der HIV-Test auf Initiative des Arztes].

FACHKOMMISSION KLINIK UND THERAPIE (FKT), HIV-infizierte Menschen ohne andere STD sind unter wirksamer antiretroviraler Therapie sexuell nicht infektiös, in: Schweizerische Ärztezeitung 2008, S. 165 ff. [zit. FKT: HIV-infizierte Menschen ohne andere STD sind unter wirksamer antiretroviraler Therapie sexuell nicht infektiös].

FELLMANN WALTER, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in: KUHN MORITZ W./POLEDNA TOMAS (HRSG.): Arztrecht in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2007, 103 ff. [zit. FELLMANN: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten].

FELLMANN WALTER, Die Haftung des Privatarztes und des Privatspitals, in: FELLMANN WALTER/POLEDNA TOMAS (HRSG.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Luzern/Zürich 2003, 47 ff. [zit. FELLMANN: Die Haftung des Privatarztes und des Privatspitals].

FELLMANN WALTER, Berner Kommentar, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag, Band VI, Art. 394–406 OR, Bern 1992 [zit. BK-FELLMANN: Art. x OR, Rz. y].

FINK CLAUDIA, Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker), Bern 2008.

FORSTMOSER PETER/VOGT HANSUELI, Einführung in das Recht, 5. Auflage, Bern 2012.

GÄCHTER THOMAS/TREMP DANIA, Arzt und seine Grundrechte, in: KUHN MORITZ W./POLEDNA TOMAS (HRSG.): Arztrecht in der Praxis, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 1 ff. [zit. GÄCHTER/TREMP: Arzt und seine Grundrechte].

GÄCHTER THOMAS/VOLLENWEIDER IRENE, Gesundheitsrecht, 2. Auflage, Basel 2010.

GATTIKER MONIKA, Die Verletzung der Aufklärungspflicht und ihre Folgen, in: FELLMANN WALTER/POLEDNA TOMAS (HRSG.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Luzern/Zürich 2003, S. 111 ff. [zit. GATTIKER: Die Verletzung der Aufklärungspflicht und ihre Folgen].

GEISSELER ROBERT, Aufklärungspflicht des Arztes, in: KOLLER ALFRED (HRSG.): Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1995, St. Gallen 1995, S. 147 ff. [zit. GEISSELER: Aufklärungspflicht des Arztes].

GUILLOD OLIVIER/KUNZ KARL-LUDWIG/ZENGER CHRISTOPH, Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit AIDS : Fragen der Partnertotifikation, des Contact Tracing und der HIV-Tests aus der Sicht des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, des Zivilrechts und des Strafrechts, Bern 1991

GUTZWILLER FELIX/PACCAUD FRED (HRSG.), Sozial- und Präventivmedizin, Public Health, 4. Auflage, Bern 2011.

HÄFELIN WALTER/HALLER ULRICH/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012.

HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA A., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Auflage, Bern 2012.

HEGNAUER CYRIL/BREITSCHMID PETER, Grundriss des Eherechts, 4. Auflage, Bern 2000.

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (HRSG.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 4. Auflage, Basel/Genf/München 2010 [zit. BSK-AUTOR: Art. x ZGB, Rz. y].

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (HRSG.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel/Genf/München 2007 [zit. BSK-AUTOR: Art. x OR, Rz. y].

HUBMANN HEINRICH, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Auflage, Köln-Graz 1967.

JAGGY CHRISTIAN/VON OVERBECK JAN/LEDERGERBER BRUNO/SCHWARZ CLAUDE/EGGER MATTHIAS/RICKENBACK MARTIN/FURRER HANS-JAKOB/TELENTI AMALIO/BATTEGAY MANUEL/FLEPP MARKUS/VERNAZZA PIETRO/BERNASCONI ENOS/HIRSCHEL BERNAR AND THE SWISS HIV COHORT STUDY, Mortality in the Swiss HIV Cohort Study (SHCS) and the Swiss general population, in: The Lancet, Volume 362, 13. September 2003, Seite 877 f. [zit. JAGGY CHRISTIAN ET AL.: Mortality in the Swiss HIV Cohort Study (SHCS) and the Swiss general population].

JOSSEN ROCHUS, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff, Bern 2009.

KAYSER FRITZ H./BÖTTGER ERIK C./ZINKERNAGEL ROLF M./HALLER OTTO/ECKERT JOHANNES/DEPLAZES PETER, Taschenlehrbuch Medizinische Mikrobiologie, 12. Auflage, Stuttgart/New York 2010 [zit. KAYSER ET. AL: Taschenlehrbuch Mikrobiologie].

KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 3. Auflage, Bern 2010.

KUHN MORITZ W., Arzt und Haftung aus Kunst- bzw. Behandlungsfehlern, in: KUHN MORITZ W./POLEDNA TOMAS (HRSG.): Arztrecht in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 601 ff. [zit. KUHN: Arzt und Haftung aus Kunst- bzw. Behandlungsfehlern].

MAURER-LAMBROU URS/VOGT NEDIM PETER (HRSG.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, 2. Auflage, Basel/Genf /München 2006 [zit. BSK-AUTOR: Art. x DSG, Rz. y].

MARTI MARIO/STRAUB PHILIPP, Arzt und Berufsrecht, in: KUHN MORITZ/POLEDNA TOMAS (HRSG.): Arztrecht in der Praxis, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf, 2007, S. 233 ff. [zit. MARTI/STRAUB: Arzt und Berufsrecht].

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMKR und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008.

MUMMENTAHLER MARCO/MATTLE HEINRICH, Neurologie, 12. Auflage, Stuttgart/New York 2008.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Gutachten betreffend die Frage: Ist eine Änderung von Art. 231 StGB (Verbreiten menschlicher Krankheiten) angezeigt?, im Auftrag von: Bundesamt für Gesundheit vom 15. Juni 2007 [zit. NIGGLI: Ist eine Änderung von Art. 231 StGB angezeigt?].

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTER HANS, Basler Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011 [zit. BSK-AUTOR: Art. X, Rz. y].

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTER HANS, Basler Kommentar zum Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 2. Auflage, Basel 2007 [zit. BSK-AUTOR: Art. x StGB, Rz. y].

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTER HANS, Basler Kommentar zum Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 2. Auflage, Basel 2007 [zit. BSK-AUTOR: Art. x StGB, Rz. y].

PÄRLI KURT/CAPLAZI ALEXANDRA/SUTER CAROLINE, Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Situation in Kanada, Grossbritannien, Frankreich, Deutschland und der Schweiz, Bern/Stuttgart/Wien 2007.

PÄRLI KURT/MÖSCH PAYOT, Der strafrechtliche Umgang mit HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen, in: AJP 10/2009, S. 1261 ff.

PÄRLI KURT/MÜLLER KUCERA KARIN/SPYCHER STEFAN, Aids, Recht und Geld, Eine Untersuchung der rechtlichen und wirtschaftlichen Probleme von Menschen mit HIV/Aids, Zürich/Chur 2003.

PAYLLIER PASCAL, Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung unter besonderer Berücksichtigung der spitalärztlichen Aufklärung, Zürich 1999.

PEZZUTTO ANTONIO/ULRICHS TIMO/BURMESTER GERD-RÜDIGER, Taschenatlas der Immunologie, Grundlagen – Labor – Klinik, 2. Auflage, Stuttgart/New York 2007.

POLEDNA TOMAS/BERGER BRIGITTE, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002.

PSCHYREMBEL, Klinisches Wörterbuch, 261. Auflage, Berlin/New York 2007.

ROGGO ANTOINE, Aufklärung des Patienten, Eine ärztliche Informationspflicht, Bern 2002.

ROGGO ANTOINE, Roadmap Aufklärung von Patienten, in: FELLMANN WALTER/POLEDNA TOMAS(HRSG.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Luzern/Zürich 2003, S. 73 ff. [zit. ROGGO: Aufklärung von Patienten].

ROGGO ANTOINE/STAFFELBACH DANIEL, Offenbarung von Behandlungsfehlern/Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht – Plädoyer für konstruktive Kommunikation, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 4/2006, S. 407 ff. [zit. ROGGO/STAFFELBACH: Offenbarung von Behandlungsfehlern/Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht].

RÜTSCH BERNHARD, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Zürich/St. Gallen 2009.

SCHEFER MARKUS, Beeinträchtigung von Grundrechten, in: MERTEN DETLEF/PAPIER HANS-JÜRGEN (HRSG.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Band 7/2, Zürich/St. Gallen 2007, S. 141 ff. [zit. SCHEFER: Beeinträchtigung von Grundrechten].

SCHMID NIKLAUS, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009.

SCHMID NIKLAUS, Praxiskommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/St.Gallen 2009 [zit. PK-SCHMID: Art. x StPO, Rz. y].

SCHÖNING ROLF, Rechtliche Aspekte der Organtransplantation unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts, Zürich 1996.

SCHWEIZER RAINER J., Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: THÜRER DANIEL/AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MÜLLER JÖRG PAUL (HRSG.): Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 691 ff. [zit. SCHWEIZER: Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz].

SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung: medizinisch-ethische Grundsätze der SAMW, Basel 2005 [zit. SAMW: Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung].

SIEGENTHALER WALTER (HRSG.), Siegenthalers Differenzialdiagnose, Innere Krankheiten – vom Symptom zur Diagnose, 19. Auflage, Stuttgart/New York, 2005.

STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Auflage, Bern 2011.

STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 6. Auflage, Bern 2008.

STRATENWERTH GÜNTER/JENNY GUIDO/BOMMER FELIX,

Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Auflage, Bern 2010.

TAG BRIGITTE, Strafrecht im Arztalltag, in: Kuhn Moritz/Poledna Tomas (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2007, 669 ff. [zit. TAG: Strafrecht im Arztalltag].

TRECHSEL STEFAN (HRSG.), Praxiskommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, Zürich/St. Gallen 2008 [zit.: PK-AUTOR: Art. x StGB, Rz. y].

TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009.

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Träger der Grundrechte, in: MERTEN DETLEF/PAPIER HANS-JÜRGEN (HRSG.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Band 7/2, Zürich/St. Gallen 2007, S. 79 ff. [zit. WEBER-DÜRLER: Träger der Grundrechte].

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Grundrechtseingriffe, in: ZIMMERLI ULRICH (HRSG.): Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Berner Tage für die Juristische Praxis, BTJP 1999, Bern 2000, S. 131 ff. [zit. WEBER-DÜRLER: Grundrechtseingriffe].

WIEGAND WOLFGANG, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Honsell Heinrich (Hrsg.): Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 119 ff. [zit. WIEGAND: Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung].

WIPRÄCHTER HANS, Die Strafbarkeit des Arztfehlers, in: FELLMANN WALTER/POLEDNA TOMAS (HRSG.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Luzern/Zürich 2003, S. 233 ff. [zit. WIPRÄCHTER: Die Strafbarkeit des Arztfehlers].

Materialien

Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 3. Dezember 2010 (10.107), S. 311 ff. [zit. Botschaft zur Revision des Epidemiengesetzes].

Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz) vom 11. Februar 1970 (10491), S. 381 ff. [zit. Botschaft zum Epidemiengesetz].

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) und zum Bundesbeschluss betreffend den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung vom 19. Februar 2003 (03.016), S. 2101 ff. [zit. Botschaft zur Änderung des Datenschutzgesetzes].

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23. März 1988 (88.032), S. 413 ff. [zit. Botschaft zum Datenschutzgesetz].

Botschaft zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG) vom 3. Dezember 2004 (04.084), S. 2 ff. [zit. Botschaft zum Medizinalberufegesetz].

Bulletin des Bundesamtes für Gesundheit, Der HIV-Test auf Initiative des Arztes: Empfehlungen zur Durchführung bei Erwachsenen, 2010; 11, S. 364 ff.

Abkürzungsverzeichnis

Aids	Acquired Immune Deficiency Syndrome
Abs.	Absatz
AGVE	Aargauer Gerichts- und Verwaltungsentscheide
al.	alterae
ALS	Amyotrophe Lateralsklerose
Art.	Artikel
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BGE	Bundesgerichtsentscheid
Biomedizin-Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde	Konvention im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (SR 0.810.2)
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 312.8)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CHF	Schweizer Franken
DEZA	Direktion für Entwicklungszusammenarbeit
d.h.	das heisst
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 betreffend den Datenschutz (SR 235.1)
DNA	Deoxyribonucleic acid
Dr. med.	Doktor der Medizinwissenschaft
E.	Erwägung
E-EpG	Entwurf des Epidemiengesetzes
EKAF	Eidgenössische Kommission für Aids-Fragen
ELISA	Enzyme Linked Immunosorbent Assay

EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
EpG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1970 betreffend die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz) (SR 818.101)
etc.	et ceterae
f./ff.	folgend(e)
FMH	Foederatio Medicorum Helveticorum
gem.	gemäss
GTP	Guanosintriphosphat
GUMG	Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004 über genetische Untersuchungen beim Menschen (SR 810.12)
HG/ZH	Gesetz vom 14. September 1969 über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten (Haftungsgesetz) (LS 170.1)
HIV	Humanes Immundefizienz-Virus
HIV-Pep	postexpositionelle Prophylaxe
HK	Handkommentar
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.S.e.	im Sinne einer/eines
i.V.m.	in Verbindung mit
Jh.	Jahrhundert
lit.	littera
MedBG	Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 betreffend die universitären Medizinalberufe (SR 811.11)
MERH	Kompetenzzentrum Medizin – Ethik – Recht Helevitiae
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
o.Ä.	oder Ähnliches

OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
PartG	Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG, SR 211.231)
PatG	Patientinnen- und Patientengesetz vom 5. April 2004 (LS 813.13)
PCR	Polymerase chain reaction
PK	Praxiskommentar
Prof.	Professor
resp.	respektiv
RNA	Ribonucleic acid
RT	Reverse Transkriptase
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SAMW	Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften
sog.	so genannte(r)
StGB	Schweizerisches Strafbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
T-Zellen	Thymus-Zellen
u.a.	unter anderem
UNO	United Nations Organization
Vgl.	vergleiche
VOBG	Verordnung vom 14. Juni 1993 über die Offenbarung des Berufsgeheimnisses im Bereich der medizinischen Forschung (SR 235.154)
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
z.T.	zum Teil

Prof. Dr. iur. Thomas Gächter ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich.

MLaw (UZH) et cand. med. Kerstin Noëlle Vokinger ist Doktorandin (SNF) am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich und studiert Humanmedizin im Masterstudiengang der Medizinischen Fakultät der Universität Zürich.

Der vorliegende Text ist Ergebnis eines Forschungsprojekts am Kompetenzzentrum Medizin-Ethik-Recht Helvetiae (MERH), das von der damaligen Eidgenössischen Kommission für Aidsfragen (EKAF, heute: Eidgenössische Kommission für sexuelle Gesundheit, EKSG) angeregt und vom Bundesamt für Gesundheit finanziell unterstützt worden ist. Für diese Unterstützung, die uns geholfen hat, neben der vorliegenden wissenschaftlichen Aufarbeitung auch die Tagung vom 3. September 2012 an der Universität Zürich zu realisieren, danken wir herzlich.

Bei der Ausarbeitung durften wir auf die Unterstützung verschiedener Fachleute zählen, die uns mit Hinweisen, mit konkreten Inputs, mit der Lektüre des Textes sowie mit fachlichen Auskünften unterstützt haben. An einigen Stellen wird in den Fussnoten ausdrücklich auf entsprechende Auskünfte hingewiesen. Unser besonderer Dank gebührt den folgenden Kolleginnen und Kollegen (in alphabetischer Reihenfolge): Prof. Dr. iur. Peter Breitschmid, Universität Zürich; Prof. Dr. med. Felix Gutzwiller, Universität Zürich; Prof. Dr. iur. utr. Brigitte Tag, Universität Zürich; Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, ZHAW Winterthur; Prof. Dr. med. Pietro Vernazza, Präsident EKSG und Chefarzt für Infektiologie und Spitalhygiene am Kantonsspital St. Gallen; Prof. Dr. med. Rainer Weber, Chefarzt für Infektiologie am Universitätsspital Zürich; Dr. phil. Harry Witzthum, Aids-Hilfe Schweiz. Auskünften unterstützt haben. An einigen Stellen wird in den Fussnoten ausdrücklich auf entsprechende Auskünfte hingewiesen. Unser besonderer Dank gebührt den folgenden Kolleginnen und Kollegen (in alphabetischer Reihenfolge): Prof. Dr. iur. Peter Breitschmid, Universität Zürich; Prof. Dr. med. Felix Gutzwiller, Universität Zürich; Prof. Dr. iur. utr. Brigitte Tag, Universität Zürich; Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, ZHAW Winterthur; Prof. Dr. med. Pietro Vernazza, Präsident EKSG und Chefarzt für Infektiologie und Spitalhygiene am Kantonsspital St. Gallen; Prof. Dr. med. Rainer Weber, Chefarzt für Infektiologie am Universitätsspital Zürich; Dr. phil. Harry Witzthum, Aids-Hilfe Schweiz.

* *

Auskünften unterstützt haben. An einigen Stellen wird in den Fussnoten ausdrücklich auf entsprechende Auskünfte hingewiesen. Unser besonderer Dank gebührt den folgenden Kolleginnen und Kollegen (in alphabetischer Reihenfolge): Prof. Dr. iur. Peter Breitschmid, Universität Zürich; Prof. Dr. med. Felix Gutzwiller, Universität Zürich; Prof. Dr. iur. utr. Brigitte Tag, Universität Zürich; Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, ZHAW Winterthur; Prof. Dr. med. Pietro Vernazza, Präsident EKSG und Chefarzt für Infektiologie und Spitalhygiene am Kantonsspital St. Gallen; Prof. Dr. med. Rainer Weber, Chefarzt für Infektiologie am Universitätsspital Zürich; Dr. phil. Harry Witzthum, Aids-Hilfe Schweiz.

* * *